

TITULO DEL TRABAJO:
**“ANÁLISIS CAUSAL DE LITIGIOS PENALES EN LA
PRÁCTICA MÉDICA DE LA RED ASISTENCIAL
DE AREQUIPA ESSALUD 1995-2004”**

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	3
SUMMARY	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. MATERIAL Y MÉTODO.....	9
III. RESULTADOS	21
IV. DISCUSIÓN.....	28
V. CONCLUSIONES.....	39
VI. RECOMENDACIONES	43
VII. BIBLIOGRAFÍA	49
VIII. ANEXOS.....	54

RESUMEN

A pesar de la mayor especialización del médico, así como el desarrollo técnico y científico de la medicina, se está observando el incremento en forma alarmante de Litigios Penales contra el Médico ante presuntos casos de mala práctica dañosa al paciente. Dicho litigio se materializa inicialmente en forma de denuncias ante la Policía o Fiscalía que de prosperar, seguidamente se inicia un proceso penal que culmina en una sentencia absolutoria o condenatoria hacia el médico; por tal motivo, en este estudio se pretende determinar si la omisión de ciertos procedimientos médicos y administrativos generan Litigios Penales en la práctica médica de la Red Asistencial de Arequipa EsSalud.

Para ello revisamos todos los expedientes penales en contra del médico, que fueron en número de 50, ya sean vigentes o archivados durante el periodo de mayo de 1995 a mayo del 2004, ubicados en el archivo de la oficina de Asuntos Jurídicos y Archivo Central de la Secretaría Técnica de la Gerencia Administrativa de la Red Asistencial de Arequipa-EsSalud. Fue así que encontramos que el mayor número de denuncias ocurrió durante el año 2003, siendo el Hospital Nacional “Carlos Alberto Segura Escobedo” con mayor número de denuncias, el servicio donde hubo más denuncias fue Cirugía y dentro de éste el área de Urgencias.

En la mitad de las denuncias estuvo involucrado un médico, llegando en uno de los casos a estar involucrados 6 médicos; fueron médicos de sexo masculino los más denunciados, con una mayor frecuencia de edad entre los 48 a 52 años, en su mayoría la denuncia fue por Homicidio Culposo. Es en la Fiscalía donde en mayor frecuencia se encontraban los expedientes y archivados definitivamente. En más de la mitad no hubo Consentimiento Informado.

En ningún caso, ni a nivel de la Fiscalía ni del Juzgado Penal, se archivó el proceso a través de la aplicación del Principio de Oportunidad. Se concluyó que en el 48% de los casos hubo omisión de procedimientos médicos y en el 26% administrativos, aunque no hubo caso alguno de sentencia condenatoria firme o consentida.

Se recomienda medidas a corto, mediano y largo plazo, que de aplicarse evitarían estos Litigios Penales en la práctica médica de la Red Asistencial de Arequipa EsSalud, y con ello se lograría reducción de costos a la triada Paciente-Médico-EsSalud y fortalecimiento del prestigio de estos dos últimos, así como la disminución de la morbimortalidad del paciente asegurado..

Palabra Clave: - Litigios Penales en la Práctica Médica
- Omisión de Procedimientos Médicos y Administrativos

SUMMARY

In spite of the doctor's bigger specialization, as well as the technical and scientific development of the medicine, the increment is observing in alarming form of Penal Litigations against the Doctor before harmful presumed cases of bad practice to the patient. This litigations are materialized initially in form of accusations before the Police or Office that of prospering, subsequently a penal process begins that culminates in a not guilty or condemnatory sentence toward the doctor; for such a reason, in this study it is sought to determine if the omission of certain medical procedures and office workers generate Penal Litigations in the medical practice. Of the assistance net of Arequipa - Essalud.

We revised it all the penal files against the doctor, those were in number of 50, which already effective or filed during the period of May from 1995 to May of the 2004, located in the file of the office of Juridical Bussines and Central File of the Technical Secretary of the Administrative Management of the Assistance Net of Arequipa-EsSalud. So we found that the biggest number of accusations happened during the year 2003, being the National Hospital Carlos Alberto Seguín Escobedo with more number of accusations, the service where there were more accusations was Surgery and inside of this the area of Urgencies.

In half of the accusations a doctor was involved, and in some cases were involved 6 doctors; they were medical of masculine sex those most denounced ones, with a bigger age frequency among the 48 to 52 years, in the most cases the accusation was for Homicide Culposo. It is in the Office where in more frequency, were the files closed definitively. In more than the half of those cases there was not Informed Consent.

In any case, at level of the Office or the Penal Tribunal, the process was filed through the application of the Principle of Opportunity. It concluded that in 48% of the cases there was omission of medical procedures and in 26 administrative%, although there was not case of firm or spoilt condemnatory sentence.

It is recommended measures to short, medium and long term, that would avoid these Penal Litigations in the medical practice of the Assistance Net of Arequipa EsSalud of being applied, and with it would be achieved it reduction of costs to the triad Patient-doctor-EsSalud and invigoration of the last prestige of these two, as well as the decrease of the patient's insured morbimortalidad.

Key word : - Penal litigations in the Medical Practice
 - Omission of Medical and Administrative Procedures

I. INTRODUCCIÓN

A pesar del notable desarrollo científico alcanzado por la medicina y de la existencia de médicos especialistas, así como de equipos médicos modernos de última generación en la Red Asistencial de Arequipa EsSalud, que permite garantizar el bienestar biopsicosocial del paciente asegurado, poniendo a su disposición soluciones más efectivas que antaño, aunque aparejado con nuevos riesgos, se viene observando el incremento en forma alarmante de litigios penales contra el médico por parte del paciente o su representante legal, motivado por un eventual resultado dañoso que haya sufrido el paciente, como consecuencia del accionar médico al tratar de curarle o aliviarle su enfermedad (1-6).

Este litigio penal se materializa inicialmente en forma de denuncia ante la Policía o Fiscalía, que de ser el caso al no existir elementos con figurativos de un presunto delito, el Fiscal archiva temporal o definitivamente la denuncia contra el médico, pero si lo hay, el Fiscal formaliza la denuncia ante el Juez penal. Si el Juez considera que existe presunción de un delito, se da inicio a un Proceso Penal, el mismo que en la sala penal y para delitos culposos, puede culminar en una sentencia absolutoria o condenatoria hacia el médico (7,8).

Las sentencias son absolutorias, simplemente por que el médico a actuado con la diligencia ordinaria requerida, es decir ha actuado acorde a los protocolos de atención médica, a los estándares que manda la ciencia médica, aunque producto de ello se genere un resultado lesivo a la vida el cuerpo y la salud del paciente, es decir el actuar profesional del Médico no es punible, por lo que lo absuelven de toda responsabilidad, en base a que dicho actuar se ha realizado afecto de causas de justificación jurídicas, vale decir, circunstancias que van a convertir un hecho Médico ilícito que tenia elementos de delito, en un hecho lícito acorde al derecho.... en una conducta incuestionable. El Código Penal Peruano (17) en su Art. 20 regula estas causas justificantes, que son: a) Estado de necesidad justificante y exculpante, b) Actuar por disposición de la Ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, c) Consentimiento informado del paciente, etc.

El resultado que espera el paciente esta configurado en gran medida por la homologación a similar patología en otras personas y su eventual resolución favorable, contrario *sensu*, si este resultado favorable no se presenta en el caso particular del paciente afectado, este es inducido a pensar que algo se hizo incorrectamente; dicha duda puede llegar a la convicción si tal razonamiento es apoyado por familiar o conocidos y en ultimo termino por un abogado. Este ultimo, sin conciencia de sus limitaciones o éticamente desinhibido, suele razonar igual que el paciente, vale decir por el resultado. Pero la realidad es otra, pues dada la relación legal contractual (4) que le asiste al Médico que labora en un centro hospitalario para con el paciente, no es una obligación de resultado, sino de medios, es decir existe el compromiso del Médico de emplear la prudencia y diligencia necesaria para llegar al resultado perseguido por el paciente (9, 10).

Las sentencias son condenatorias por que el Médico al momento de cumplir con su noble tarea de salvaguardar la vida, el cuerpo y la salud del paciente asegurado, en todas sus fases, desde la primera entrevista con su diagnóstico, tratamiento, hasta su pronóstico y prevención, necesariamente y sin la intención, ha tenido que realizar dicho acto médico, ya sea por comisión u omisión, en forma contraria a lo que la ciencia médica manda, como por Ej., la no realización de riesgo quirúrgico en pacientes electivos que van a ser intervenidos quirúrgicamente o la realización de actos médicos no enmarcados en la legislación de salud, es decir, la omisión de procedimientos médicos y administrativos respectivamente (9, 10).

Pero, ¿Que secuela queda de este engorroso litigio penal que dura de 02 a 04 años para delitos culposos? (11), para el Médico, así sea absuelto o sentenciado, por el solo hecho de estar involucrado en un litigio penal, comparte con el paciente el sufrimiento de un daño físico, psíquico, moral y social, pero mucho más acentuado, porque su prestigio Médico al igual que el de su centro hospitalario es destruido por la prensa sensacionalista que en un cuarto de página o en la difusión de un solo programa televisivo denuncia, investigan, procesan, acusan y condenan al Médico unilateralmente (12), amén de la pérdida de tiempo y dinero que les significa defender jurídicamente un proceso penal. Pero si el Médico es sentenciado, a lo anteriormente señalado se le adiciona pena privativa de la libertad de ejecución suspendida por determinadas reglas de conducta y al pago pecuniario de una reparación civil solidaria con el centro hospitalario (13). Esta denigrante, inmerecida e injusta exposición pública al Médico, lo marcan anímicamente y de por vida, produciéndole un temor a los procesos judiciales, llamado **Síndrome Judicial** (14).

Este Síndrome Judicial, no solo afecta a los Médicos asistentes o residentes (15) que han pasado por un proceso judicial penal y a los colegas de su entorno que han sido testigos de este sufrimiento, sino a la comunidad médica en general al tomar conocimiento del aumento incontrolable de procesos penales por supuesta responsabilidad médica propiciada una vez mas por el periodismo sensacionalista (16) al querer asumir un rol protagónico, por lo que el Médico presionado sin salida y a efectos de no verse involucrado en un litigio penal, prácticamente es obligado a asumir una conducta defensiva (2, 5, 16, 17, 57).

Esta conducta se materializa en la práctica de la Medicina defensiva, cuya experiencia en otros países nos muestran que para casos extremos se traduce en la parálisis de la iniciativa médica, corriéndose el riesgo de no ver mas ya actitudes salvadoras, pues todo aquello que exigía inventiva, criterio, habilidad para salvar una vida, obligaba al Médico a crear en el instante, a escaparse de los parámetros pre-establecidos, porque el caso estaba allí, mas allá de lo previsto (18). Para otros Médicos, conocedores de que los litigios penales ganados por los pacientes no son a través de la **comisión** de un hecho errado, por decir una mala técnica operatoria, porque es mas difícil de demostrarlo, sino por la **omisión** de por Ej. exámenes pre-operatorios, cuidados post-operatorios, etc., conlleva como natural y lógica respuesta a la multiplicación de exámenes pre-

operatorios, solicitud de exámenes complementarios, solicitud de ínter consultas etc., con el consiguiente aumento del tiempo de estancia hospitalaria del paciente, que dentro de su óptica, lo que pretenden es quedar menos vulnerable a eventuales litigios penales, exhibiendo el mayor número de evidencias en el sentido de que por lo menos el examen fue completo y exhaustivo (19).

Pero lamentablemente estos exámenes son solicitados con criterio Médico legal y no estrictamente Médico, pues son pacientes en quienes ya existen suficientes evidencias clínicas y de Laboratorio que configuran el diagnóstico y que ya no necesitan ser corroborados, es decir son innecesarias, resultando ser solo conductas dilatorias que generan al centro hospitalario el alza de costos de la prestación médica, un diagnóstico y tratamiento inoportuno que aumenta el riesgo de responsabilidad penal al Médico, pero lo mas grave es el maltrato psicológico que se le propina al paciente al exponerlo injustificadamente a estas conductas mencionadas (19).

Todo esto colegas, por temor a un litigio penal, pero la realidad es que para el hombre enfermo, aún dentro de su penosa y paradójica realidad, el Médico sigue siendo el mismo Médico, ha variado su “aquí y ahora”, de acuerdo con las características de la época, pero no ha cambiado su esencia, por lo que el Médico ayer, hoy y mañana, y aún a pesar de este aumento desmedido de demandas judiciales en su contra, nunca ha cerrado ni cerrará sus manos, los oídos ni el corazón a la necesidad de ayuda, comprensión y amor al prójimo (18).

Por todo lo expuesto, y considerando que en la literatura médica y jurídica mundial y local solo se han encontrado escasas monografías y exiguos comentarios genéricos sobre litigios penales contra el Médico, mas no la aplicación del método científico a trabajos de investigación sobre análisis causal de litigios penales en la práctica médica, es que ha motivado la realización de este inédito trabajo, surgiendo para ello la formulación del siguiente problema:

1. PROBLEMA:

¿Cuáles son las causas de Litigios Penales en la práctica médica de la Red Asistencial de Arequipa EsSalud 1995 – 2004?

2. HIPÓTESIS:

La omisión de ciertos procedimientos médicos y administrativos son causas de Litigios Penales en la práctica médica de la Red Asistencial de Arequipa EsSalud 1995 – 2004.

II. MATERIAL Y MÉTODO

1. POBLACIÓN A ESTUDIAR

Estuvo conformada por todos los casos en las cuales el trabajador Médico de EsSalud de la Red Asistencial de Arequipa, tenga un Litigio Penal en su contra vigente o archivado, a partir de Mayo del Año 1995 hasta Mayo del Año 2004, y cuyos expedientes penales obran en el Archivo de la Oficina de Asuntos Jurídicos y Archivo Central de la Oficina de Secretaría Técnica de la Gerencia Administrativa de la Red Asistencial de Arequipa EsSalud.

2. TIPO DE ESTUDIO

El presente estudio es observacional, prospectivo y transversal (19). La presentación del Trabajo de Investigación se estructuró en base a las recomendaciones del Comité Internacional de Editores de Revistas Médicas (56).

3. TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS

3.1. VARIABLES DE INTERÉS

3.1.1. Variable Dependiente

Litigios Penales en la práctica médica de la Red Asistencial de Arequipa EsSalud 1995 – 2004. (12, 17, 20, 21-24).

3.1.2. Variables Independientes

a. Omisión de Procedimientos Médicos:

1. No observancia de Protocolos de Atención Médica (20, 25, 26).
2. No realización de riesgo quirúrgico. (12, 23, 27).
3. No realización de evaluación pre-anestésica (10, 12, 27, 28)
4. No monitorización de funciones vitales (3, 28-30).
5. No realización de exámenes Laboratorio y/o complementarios necesarios para establecer el diagnóstico (3, 21, 31).
6. Tratamiento sin haber establecido el diagnóstico (21, 31, 32).
7. No elección de tratamiento riesgoso con justificación (3, 21, 33).
8. No prescripción de medicamentos no contraindicados (12,21).
9. No verificación del buen funcionamiento de equipo e instrumental Médico (4, 12).

10. No traslado oportuno del paciente a otro nivel hospitalario (21, 34).

11. Abandono del Paciente (4,12)

b. Omisión de Procedimientos Administrativos por el Médico

1. Elaboración de Historia Clínica que refleja omisiones de Actos Médicos realizados (3, 4, 7, 35).

2. No utilización de medicamentos e insumos adecuados (3, 4, 12).

3. No utilización de equipo e instrumental Médico adecuado (4, 12,28).

4. No utilización de infraestructura hospitalaria adecuada (4, 12, 28).

5. No aplicación de Legislación en Salud (4).

6. No Presencia de Protocolos de atención médica (4, 12).

7. No existencia de Médicos especialistas (4,12).

3.2. PRODUCCIÓN Y REGISTRO DE DATOS

3.2.1. Para la realización del presente trabajo, se solicitó orientación, autorización y acceso a los expedientes Penales a la Jefatura de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Gerencia Administrativa de la Red Asistencial de Arequipa EsSalud, para lo cual se adjuntó el proyecto de investigación.

3.2.2. Se solicitó autorización a la Unidad de Capacitación de la Gerencia Red Asistencial Arequipa-EsSalud, de la realización del presente trabajo, para lo cual se adjuntó el Proyecto de Investigación.

3.2.3. Se informó a los Directores de los Hospitales en donde laboran los miembros del Equipo Médico Investigador, de la realización del presente trabajo.

3.2.4. Los datos fueron obtenidos de los expedientes penales del archivo de la Oficina de Asuntos Jurídicos y Archivo Central de la Oficina de Secretaría Técnica de la Gerencia Administrativa de la Red Asistencial de Arequipa EsSalud con colaboración incondicional de su equipo de abogados y personal administrativo, a través de entrevistas con los Médicos involucrados y de una Ficha de Recolección de Datos (**Anexo 1**), los que a su vez a falta de datos, estos fueron completados y

verificados en su totalidad con los expedientes penales que obran a nivel de la Fiscalía, Juzgado Penal, Sala Penal e Historias Clínicas de los Hospitales correspondientes, previa coordinación con la Jefatura de la Oficina de Asuntos Jurídicos de EsSalud a efectos de obtener autorización y facilidades.

3.3. ANÁLISIS ESTADÍSTICO

Luego de recolectado los datos, estos fueron ordenados y presentados en tablas. Se aplicó estadística descriptiva: media, mediana, moda, desviación estándar, y para datos cualitativos frecuencias absolutas y relativas (porcentuales).

3.4. DEFINICIONES OPERACIONALES

1. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO

Obligación del Médico en asumir una sanción del estado por haber cometido un delito para lo cual a través de una sentencia se le impone pena privativa de libertad y pago de reparación civil solidaria con su empleador o Centro Hospitalario (24).

2. DELITO

El delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable. Sus elementos son entonces: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Se trata de una definición tripartita del delito: La tipicidad, adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal; la antijuricidad, la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico, y, la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo, es decir, conforme al orden jurídico (7, 8, 17, 36).

3. TIPICIDAD

Es la característica que tiene una conducta por estar adecuada a un tipo. La tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo coinciden. Al proceso de verificación se denomina juicio de tipicidad (7, 8, 17, 36).

3.1. TIPO.

Es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido, o de la materia de la norma) Es una figura puramente conceptual. Ej. " el que mate a otro" Art. 106 C.P. el tipo es fundamentalmente descriptivo, es una creación abstracta y formal que realiza el legislador. El tipo no es la conducta.

3.2. TIPICA:

Es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad.

3.3. ATIPICA:

Es la conducta que NO presenta las características de tipicidad

3.4. ASPECTO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL TIPO

A. TIPO OBJETIVO

Este aspecto objetivo del tipo comprende a las características del obrar externo del autor requeridas por el tipo.

- a. Elementos referentes al autor.
- b. Elementos referentes a la acción.
- c. Elementos descriptivos y Normativos.
- d. Causalidad.

B. TIPO SUBJETIVO

Para alcanzar la tipicidad de la conducta en los delitos DEBE VERIFICARSE SI ESTOS SON DOLOSOS O CULPOSOS, a tenor del Art. 12 del Código Penal podremos colegir que todos los delitos son dolosos como premisa general y excepcionalmente serán culposos aquellos que estén expresamente señalados en la ley.

B.1 DOLO

Es el conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo. El dolo precisa de dos momentos: cognoscitivo (conocimiento) y volitivo (voluntad)

a. Momento Cognoscitivo (Elemento intelectual)

Este momento comprende el conocimiento de la realización de todos los elementos que integran el tipo objetivo. Así supone el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos, los elementos de la autoría, previsión del nexo causal y el resultado.

Particularmente para precisar el conocimiento de los elementos normativos del tipo es suficiente en el autor una valorización paralela en la esfera del profano.

El conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo debe ser actual o actualizable (en forma de co-conciencia). Ej.: el sujeto que seduce a una joven de 17 años solo en raras oportunidades pensará en su edad, aunque si lo sabe- esta información estará en su conciencia como telón de fondo.

El conocimiento también incluye a los elementos objetivos de las circunstancias agravantes y las atenuantes que integran el tipo. Ej.: en la agravante del delito de robo el sujeto debe saber que hace uso de un arma de fuego.

b. Momento volitivo del dolo (clases de dolo)

El dolo no solo es conocimiento sino también voluntad de realización de los elementos que integran al tipo objetivo.

El sujeto quiere la realización del tipo. Ej.: el asaltante probablemente no desea matar al cajero del Banco, pero a pesar de ello quiere hacerlo pues no existe otra forma de apoderarse del dinero. Tampoco se confunde con los móviles. Para la existencia del dolo es indiferente la naturaleza de los motivos. El dolo existe aunque los móviles no sean antisociales. Se distingue diversas clases de dolo: dolo directo (en primer y segundo grado) y dolo eventual.

B.2 CULPA

Cualquier falta o error Médico que produce daño al paciente sin que exista la intención de causarlo.

Formas de Culpa

a. Negligencia: es “dejar de hacer”, o “hacer a destiempo” o “descuido”. Ej. no indicar traqueostomía en edema agudo de glotis.

b. Imprudencia: es “hacer de más” o “arriesgar demasiado”. Ej. no realizar evaluación Pre-anestésica.

c. Impericia: es “hacer incorrectamente” o “no sabe”. Ej. usar Succinilcolina en quemados.

4. ANTIJURICIDAD

Es antijurídica una conducta típica no justificada por el orden jurídico. Así una acción típica, es también, antijurídica si no interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación (7, 8, 17, 36).

A. Antijurídica Formal: Es la simple contradicción entre la acción realizada por el sujeto activo y el ordenamiento jurídico.

B. Antijurídica Material: Aquí se examina si el hecho típico afecto realmente al bien jurídico. Esto se puede dar a dos niveles:

- Lesión de bien jurídico
- Puesta en peligro del bien jurídico.

Para poder calificar una acción de antijurídica debe ser por tanto a nivel formal como material. Por Ej., no es antijurídico imitar la firma de un personaje famoso por diversión, tampoco es antijurídica la confección de una letra de cambio con un fin educativo.

Se dice que cuando un comportamiento contradice el orden jurídico se tiene una antijuridicidad formal. Si además de la mera oposición entre la acción y la norma, se añade el criterio de ofensa al bien jurídico, estamos ante una antijuridicidad material.

5. CULPABILIDAD

La Responsabilidad o culpabilidad es la posibilidad de atribuir un hecho desvalorado a su autor. Dentro de la Teoría del delito, en la tipicidad y la antijuricidad se analiza el hecho y en la culpabilidad se ve si se puede atribuir a la persona el hecho típico y antijurídico (7, 8, 17, 36)

Desde el criterio asumido por la TEORIA NORMATIVO-FINALISTA: La culpabilidad queda restringida a un juicio de valoración, es decir a la reprochabilidad del acto cometido por el sujeto activo. Se agrega aquí el elemento de la motivación. Si el sujeto es motivado por la norma y a pesar de ello realiza el acto prohibido, entonces es reprochable. De esta afirmación se deduce que, el sujeto que no puede ser motivado no puede ser culpable, como por Ej. el loco.

Nuestro Código Penal habla de responsabilidad y no de culpabilidad, ello en atención a que la responsabilidad es un concepto mas amplio que incluye tanto la culpabilidad del autor así como la co-culpabilidad de la sociedad

Son requisitos generales de la culpabilidad entendida como reprochabilidad, que al sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuricidad de su conducta y que las circunstancias en las que actuó no le hayan reducido su ámbito de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo. Tanto en el caso ultimo como en el anterior, se exige que la posibilidad de motivarse en la norma se halle por sobre ese umbral mínimo de exigibilidad.

Este Umbral mínimo de exigibilidad no se alcanza y, por ende, la culpabilidad se encuentra excluida, cuando no le es exigible al sujeto la

comprensión de la antijuricidad, supuesto que puede darse porque carece de suficiente capacidad psíquica para ello (inimputabilidad) o por que se halla en un estado de error acerca de la antijuricidad (error de prohibición)

Igualmente el umbral mínimo de exigibilidad no se alcanza cuando el autor se halla en estado de necesidad exculpante (amenaza de sufrir un mal grave e inminente: Art. 20 Inc. 5to del C.P.)

6. HOMICIDIO CULPOSO

Debiendo existir una relación de causalidad entre la acción que se imputa negligente, imprudente o imperita y el resultado lesivo muerte (17).

7. LESIONES CULPOSAS

Debiendo existir una relación de causalidad entre la acción que se imputa negligente, imprudente o imperita y el resultado lesivo de lesiones (28).

8. EXPOSICIÓN A PELIGRO DE PERSONA DEPENDIENTE

El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia etc. (17). Esta es una conducta eminentemente dolosa.

9. ABANDONO DE PERSONA EN PELIGRO

El que encuentra un herido o a cualquiera otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la Autoridad (17).

10. REQUISITOS NECESARIOS PARA CONDENAR A UN MÉDICO POR UN ACTO DE EJERCICIO PROFESIONAL CULPOSO (9)

- a. Establecer relación causa/efecto entre la acción ejercida por el Médico y el daño producido al paciente.
- b. Demostrar a continuación que la complicación se debe a negligencia, imprudencia o impericia del Médico, a través de la valoración de si el Médico violó el deber objetivo de cuidado o diligencia ordinaria requerida, es decir si hubo omisión de procedimientos médicos y/o administrativos que manda la ciencia médica y/o protocolos de atención médica.
 - Al ser la medicina una ciencia progresiva y al determinar las condiciones del médico, conforme a la *Lex Artis*, el juez debe considerar el grado de avance de la profesión en la época de

tratamiento, el que debe ser calibrado por los modelos que existan en el tiempo en cuestión, y no por aquellas que hallan existido en el pasado.

11. ACTO MÉDICO

Previsto en el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Trabajo Médico, y considera que es toda acción o disposición que realiza el Médico en el ejercicio de la profesión médica. Ello comprende los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el Médico en la atención integral de paciente, así como los que se deriven directamente de estos. Los actos Médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional Médico (37).

12. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

El Art. 20 del código penal establece causas eximentes de responsabilidad penal, es decir contempla autorización para realizar solo a manera de excepción la acción prohibida (7, 17). Ej.:

a. Estado de necesidad justificante

Cuando en el marco de una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, se ocasiona la lesión de un bien jurídico de menor valor a fin de proteger uno de mayor rango. Ej.: Médico que por salvarle la vida a una persona, le amputa una pierna grangendada.

b. Estado de necesidad exculpante

Cuando para salvar un bien jurídico, se lesiona necesariamente otro de igual valor. Ej.: el caso de la tabla de karneades: tras el naufragio de un avión, dos sujetos se aferran a un pedazo de madera que flota en el mar, que solo puede sostener el peso de uno de ellos, el mas fuerte empuja al otro y se salva.

c. El que actúa con consentimiento válido del titular:

Se refiere al consentimiento informado del paciente, pero al tener en consideración la definición de Acto Médico, este puede ser un procedimiento quirúrgico, anestésico, tratamiento en Hospitalización etc., entonces cada uno de los médicos debe elaborar un consentimiento informado específico acorde a su especialidad para que sea autorizado por el paciente, puesto que el Art. 27 de la Ley general de salud establece que es obligación del Médico informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud así como los riesgos y consecuencias de los mismos; además

el Art. 4 de la misma Ley refiere que ninguna persona puede ser sometido a Tratamiento Médico o Quirúrgico sin su consentimiento. Por otro lado el consentimiento formado es un derecho del paciente (Art. 15 de la Ley General de Salud).

13. CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

Documento por el cual el paciente o representante legal, autoriza a que se le practique un determinado tratamiento Médico, pruebas riesgosas etc. Se encuentra normado en los Arts. 4 y 15 de la Ley General de Salud, 9 del Código Civil e Inc. 10) del Art. 20 del Código Penal. Este consentimiento en el Código Penal se comporte como eximente de responsabilidad penal, siempre y cuando no se encuentre viciado y el Médico no haya violado el deber objetivo de cuidado (12). En el presente estudio se considero como consentimiento:

a. Quirúrgico

Aquel que es elaborado por el Cirujano y autorizado mediante firma y huella digital del paciente que va a ser sometido a una Intervención Quirúrgica (10).

b. Anestésico

Es elaborado por el Anestesiólogo y autorizado mediante firma y huella digital del paciente que va a ser sometido a una Intervención Anestesiológica (10).

c. Otros

Es elaborado por Médicos de otra especialidad y autorizado mediante firma y huella digital del paciente que va a ser sometido a diagnóstico o tratamiento Médico en el Servicio de Hospitalización, Emergencia y Consulta Externa, etc. (10).

14. ESTADO DEL EXPEDIENTE PENAL

En delitos de Homicidios y Lesiones Culposas la denuncia se inicia en la Policía o Fiscalía, de ser el caso pasa al Juzgado Penal y a veces a la ultima instancia que es la Sala Penal de la Corte Superior. En cualquiera de estas etapas puede ser archivado el expediente penal en forma definitiva, pero dependiendo de factores jurídicos, por Ej. Apelación del denunciante, es posible reabrirse y proseguir el proceso penal a excepción si es archivado en la Sala Penal, en la que irreversiblemente concluye dicho proceso penal con el archivo definitivo en sentencia condenatoria o absolutoria (7).

15. CONSULTORIO DE EVALUACIÓN PRE- ANESTÉSICA

Ambiente físico donde el Anestesiólogo realiza una evaluación clínica y de Laboratorio del paciente que va ser operado, para ver si está o no en condiciones de ser sometido a un acto anestésico y establecer la estrategia anestésica. De detectarse contraindicaciones, entre otros, realiza Interconsultas al médico especialista respectivo a fin de corregirla. A su vez, informa al paciente de los riesgos que conlleva someterlo a la anestesia, lo que culmina con la firma y huella digital del paciente, autorizando en el consentimiento informado Anestesiológico, el acto anestésico al que va a ser sometido (38, 39).

16. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

El Principio de Oportunidad consiste en la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado (40, 41, 42). (Gimeno Sendra). De allí que significa la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad o razones político criminales. (Julio Maier). Por Principio de Oportunidad debemos entender **aquél que permite al Fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza**". Roxín.(43) Este autor conceptúa el Principio de Oportunidad relacionándolo con el Principio de Legalidad. Tal relación es de excepción y, de esta manera, "el Principio de Oportunidad es la contraposición teórica del Principio de Legalidad, mediante la que se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo –archivando el proceso– cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito".

En suma, el Principio de Oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, bajo determinadas condiciones de abstenerse de su ejercicio, o en su caso, de solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos, además cuando existan algunos elementos probatorios de la realidad del delito y se encuentre acreditado la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio. (41,42)

17. ACCIDENTE

Fenómeno imprevisto, especialmente de carácter traumático (44). Para el caso **Accidente Médico** se refiere a la acción u omisión médica que genera lesión en la vida, cuerpo y la salud del paciente.

18. COSTAS

Prevista en el Art. 497 del Nuevo Código Procesal Penal (8), quien refiere que son gastos que genera el proceso penal, lo que estará a cargo del vencido, para el caso sería el paciente si absuelven al médico inculcado. El Art. 498 refiere que las costas está constituido por:

- a. Tasa Judicial u otro tributo por actuación judicial.
- b. Gastos Judiciales realizados durante la tramitación de la causa.
- c. Honorario de los abogados de la parte vencida, peritos oficiales, traductores e intérpretes, en caso no constituya un órgano del sistema de justicia; así como de los peritos de parte.

19. CONCEBIDO

Vida humana que jurídicamente se inicia a partir del final de las dos primeras semanas de gestación (implantación y anidación del embrión en el útero materno que corresponde a la aparición del sistema nervioso y diferenciación celular), hasta antes de su nacimiento (45).

III. RESULTADOS

TABLA 1

**FRECUENCIA DE LITIGIOS PENALES A MÉDICOS DE
ESSALUD DE LA RED ASISTENCIAL DE AREQUIPA**

Hospital	TOTAL	H. N. C. A. S. E. Nivel IV	Yanahuara Nivel III	Mollendo Nivel II	Escomel Nivel I
Año	Nº (%)	Nº (%)	Nº (%)	Nº (%)	Nº (%)
1995	1 (2,00)	-	-	1 (33,33)	-
1997	1 (2,00)	1 (2,78)	-	-	-
1998	5 (10,00)	4 (11,11)	1 (16,67)	-	-
1999	7 (14,00)	4 (11,11)	2 (33,32)	-	1 (20,00)
2000	8 (16,00)	6 (16,67)	-	-	2 (40,00)
2001	4 (8,00)	3 (8,33)	-	-	1 (20,00)
2002	7 (14,00)	6 (16,67)	1 (16,67)	-	-
2003	11 (22,00)	7 (19,44)	1 (16,67)	2 (66,67)	1 (20,00)
2004	6 (12,00)	5 (13,89)	1 (16,67)	-	-
TOTAL	50 (100,00)	36 (100,00)	6 (100,00)	3 (100,00)	5 (100,00)
	(100,00 %)	(72,00 %)	(12,00 %)	(6,00 %)	(10,00 %)

TABLA 2

**DISTRIBUCIÓN DE LITIGIOS PENALES SEGÚN SERVICIO
Y ÁREA DONDE OCURRIÓ EL ACCIDENTE MÉDICO**

Servicio	TOTAL	Pediatría	Gineco-Obstetricia	Cirugía	Medicina
Área	Nº (%)	Nº (%)	Nº (%)	Nº (%)	Nº (%)
Emergencia	10 (20,00)	1 (25,00)	2 (22,22)	3 (14,29)	4 (25,00)
Hospitalización	23 (46,00)	3 (75,00)	2 (22,22)	7 (33,33)	11 (68,75)
Consulta Externa	1 (2,00)	-	-	-	1 (6,25)
Centro Quirúrgico					
- Urgencia	15 (30,00)	-	4 (44,44)	11 (52,38)	-
- Emergencia	1 (2,00)	-	1 (11,11)	-	-
TOTAL	50 (100,00)	4 (100,00)	9 (100,00)	21 (100,00)	16 (100,00)
	(100,00 %)	(8,00 %)	(18,00 %)	(42,00 %)	(32,00 %)

TABLA 3**DISTRIBUCIÓN DE LITIGIOS PENALES SEGÚN EL NÚMERO DE MÉDICOS IMPLICADOS EN CADA ACCIDENTE MÉDICO**

N° de Médicos Implicados	N°	%
1	25	50,00
2	13	26,00
3	6	12,00
4	1	2,00
5	4	8,00
6	1	2,00
TOTAL	50	100,00

TABLA 4**VALORES DE RESUMEN DE LA EDAD DE LOS MÉDICOS IMPLICADOS EN LOS LITIGIOS PENALES**

Edad (Años)	Total	Masculino	Femenino
Media Aritmética	48,04	48,71	45,06
Mediana	48,00	49,00	45,50
Moda	54,00	54,00	48,00
Desviación Estándar	7,59	7,96	4,82
Mínimo	33,00	33,00	37,00
Máximo	69,00	69,00	54,00
Número	98,00	80,00	18,00
TOTAL	(100,00)	(81,82)	(18,18)

TABLA 5

DISTRIBUCIÓN DE LITIGIOS PENALES SEGÚN
GRUPO ETAREO Y SEXO DE LOS MÉDICOS IMPLICADOS

Grupo Etareo (Años)	Sexo	Total		Masculino		Femenino	
		N°	%	N°	%	N°	%
33 – 37		8	(8,08)	7	(8,64)	1	(5,56)
38 – 42		16	(16,16)	12	(14,81)	4	(22,22)
43 – 47		17	(17,17)	11	(13,58)	6	(33,33)
48 – 52		26	(26,26)	20	(24,69)	6	(33,33)
53 – 57		20	(20,20)	19	(23,46)	1	(5,56)
58 – 62		10	(10,10)	10	(12,35)	-	
63 – 67		1	(1,01)	1	(1,23)	-	
68 – 72		1	(1,01)	1	(1,23)	-	
TOTAL		99	(100,00%)	81	(100,00 %)	18	(100,00 %)

TABLA 6

DISTRIBUCIÓN DE LITIGIOS PENALES SEGÚN
TIPO DE DELITO Y SERVICIO DONDE OCURRIÓ

Servicio	Delito	Total	Homicidio Culposo	Lesiones Culposas	Abandono/ Exp. Peligro
		N° (%)	N° (%)	N° (%)	N° (%)
Pediatría		4 (100,00)	3 (75,00)	1 (25,00)	-
Gineco- Obstetricia		9 (100,00)	7 (77,78)	2 (22,22)	-
Cirugía		21 (100,00)	12 (57,14)	7 (33,33)	2(9,52)
Medicina		16 (100,00)	11 (68,75)	5 (31,25)	-
TOTAL		50 (100,00)	33 (66.00)	15 (30.00)	2(4.00)

TABLA 7

DISTRIBUCIÓN DE LITIGIOS PENALES SEGÚN ESTADO DEL EXPEDIENTE PENAL Y AÑO EN QUE OCURRIÓ EL ACCIDENTE MÉDICO

Estado Expediente Penal	AÑO		TOTAL	1995	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
	Nº	%	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº
Fiscalía	29 58.00											
- Trámite	4	(13,79)	-	-	-	-	-	-	-	-	1	3
- Definitivo	22	(75,86)	-	1	2	5	5	3	5	1	-	-
- Definitivo – Trámite	3	(10,35)	-	-	-	-	-	-	-	-	3	-
Juzgado Penal	16 (32,00)											
- Trámite	6	(37,50)	-	-	-	-	-	1	-	-	2	3
- Definitivo	9	(56,25)	-	-	3	2	2	-	-	-	2	-
- Definitivo – Trámite	1	(6,25)	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-
Sala Penal	5 (10,00)											
- Trámite	1	(20,00)	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-
- Definitivo	3	(60,00)	1	-	-	-	1	-	-	-	1	-
- Definitivo – Trámite	1	(20,00)	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-
TOTAL	50	(100,00)	1	1	5	7	8	4	7	11	6	

TABLA 8

DISTRIBUCIÓN DE LITIGIOS PENALES SEGÚN PRESENCIA O NO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE Y EL SERVICIO DONDE OCURRIÓ EL ACCIDENTE MÉDICO

Servicio	Consentimiento Informado		TOTAL	Quirúrgico	Otros	Ninguno
	Nº	(%)	Nº (%)	Nº (%)	Nº (%)	Nº (%)
Pediatría	4	(100,00)	-	-	2 (50,00)	2 (50,00)
Gineco - Obstetricia	9	(100,00)	6 (66,67)	1 (11,11)	2 (22,22)	
Cirugía	21	(100,00)	6 (28,57)	1 (4,76)	14 (66,67)	
Medicina	16	(100,00)	2 (12,50)	3 (18,75)	11 (68,75)	
TOTAL	50	(100,00)	14 (28,00)	7 (14,00)	29 (58,00)	

TABLA 9
DISTRIBUCIÓN DE LITIGIOS PENALES SEGÚN
LA OMISIÓN DE PROCEDIMIENTOS

OMISIÓN DE PROCEDIMIENTOS	n=50 N°	%
A. Médicos	24	(48,00)
• No monitorización de Funciones Vitales.	6	(25,00)
• No realización exámenes y Laboratorio y/o complementaria necesarios para establecer diagnóstico.	2	(8,33)
• No elección de tratamiento riesgoso con justificación.	12	(50,00)
• Abandono del paciente.	1	(4,16)
• No Observancia de protocolo de atención médica ni monitorización de Funciones Vitales.	1	(4,16)
• No Observancia de protocolo de atención médica ni elección de tratamiento riesgoso con justificación.	1	(4,16)
• No Realización exámenes y Laboratorio y/o complementaria necesarios para establecer diagnóstico y tratamiento sin haber establecido el diagnóstico.	1	(4,16)
B. Administrativos	13	(26,00)
• Elaboración de historia clínica que refleja omisiones de actos Médicos realizados	10	(76,92)
• No Presencia de Protocolo de atención médica	2	(15,38)
• Elaboración de historia clínica que refleja omisiones de actos Médicos realizados y Médico no es especialista	1	(7,69)
C. Médicos y Administrativos	13	(26,00)
• No Elección de tratamiento riesgoso con justificación y elaboración de Historia Clínica que refleja omisión de actos médicos realizados.	9	(69,23)
• No Observancia de protocolos de atención médica, no monitorización de funcionales vitales ni presencia de protocolos de atención médica.	4	(30,77)

TABLA 10
DISTRIBUCIÓN DE LITIGIOS PENALES SEGÚN LA
OMISIÓN DE PROCEDIMIENTOS Y EL SERVICIO
DONDE OCURRIÓ EL ACCIDENTE MÉDICO

Omisión Procedimientos	Servicio	TOTAL		Pediatria		Gineco- Obstetricia		Cirugía		Medicina	
		N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
Médicos		24	(100,00)	-	-	6	(25,00)	8	(33,33)	10	(41,70)
Administrativos		13	(100,00)	1	(8)	4	(31,00)	5	(38,00)	3	(23,00)
Médicos y Administrativos		13	(100,00)	2	(15,0)	3	(23,00)	6	(46,00)	2	(15,50)
TOTAL		50	(100,00)	3	(6,00)	13	(26,00)	19	(38,00)	15	(30,00)

TABLA 11

**DISTRIBUCIÓN DE LITIGIOS PENALES SEGÚN
LA OMISIÓN DE PROCEDIMIENTO Y TIPO DE DELITO**

Omisión Procedimiento	Delito	TOTAL	Homicidio Culposo	Lesiones culposas		Abandono/ Exp. Persona Peligro	
		Nº	Nº(%)	Nº(%)		Nº(%)	
Médicos		24	14 (42.42)	9	(60,00)	1	(50,00)
Administrativo		13	9 (27.28)	3	(20,00)	1	(50,00)
Médico/Administrativo		13	(30.30)	3	(20,00)	-	
TOTAL		50	33 (66,00)	15	(30,00)	2	(04,00)

TABLA 12

**DISTRIBUCIÓN DE LITIGIOS PENALES SEGÚN
LA AFIRMACIÓN O NEGACIÓN DE LA COMUNICACIÓN,
CONOCIMIENTO Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

Comunicación, conocimiento y aplicación del principio de oportunidad	TOTAL		SI		NO	
	n=50 Nº	%	Nº(%)		Nº(%)	
Fiscal comunicó al médico la posibilidad de aplicación de P.O.	50	(100,00)	-	(0,00)	50	(100,00)
El médico conoce que es el P.O.	50	(100,00)	-	(0,00)	50	(100,00)
Se aplicó el P.O.	50	(100,00)	-	(0,00)	50	(100,00)

*P.O.: Principio de Oportunidad.

IV. DISCUSIÓN

La **Tabla 1**, nos muestra que en el periodo de estudio de 10 años, se tuvo 50 litigios penales contra los médicos que laboran en EsSalud de la Red Asistencial de Arequipa. El año donde hubo mayor frecuencia fue en el 2003, seguido del 2000 y 1999. La tendencia de incremento de litigios es clara, comienza a partir de 1998, con pico en el 2003, lo que discrepa con la información de países “desarrollados”, que lo es a partir de 1970 (1, 2). Esta situación se explicaría porque las causas multifactoriales de este incremento en nuestro estudio, se presentarían con posterioridad a la de dichos países del que dependemos políticas, económicas y socialmente, cuyo “modelo” seguimos obligatoriamente, pero con muchos años de retraso, en nuestro caso de 29 años.

Sin embargo, contrario a esta tendencia, Ruiz I. (23) en Santo Domingo, en el año 1999, encontró que en un periodo de 6 años existieron 356 litigios contra Anestesiólogos específicamente, donde el aumento de litigios penales al médico, fue antes de 1999. Según el establecimiento de salud, del total de casos denunciados, el 72% correspondió a hechos que sucedió en el H. N. C. A. S. E., (Hospital Nivel IV), seguido del Hospital III Yanahuara, siendo el de menor frecuencia en el Hospital II Mollendo. Este resultado coincide con el de la literatura médica mundial, que refiere que a mayor nivel o capacidad resolutoria de patologías de los Centros Hospitalarios, es más marcada la presencia de causas multifactoriales de litigios penales contra el Médico y cuya relevancia de estas causas, en cuanto a fondo y forma es diferente a cada realidad; así Morales J. (24), da énfasis como causa al riesgo de complicación de la atención médica, por la que definió que “la Medicina sin riesgo no existe”, o a la que Navarro J. (12), menciona entre otros, que la “falta del tiempo del médico para poder mantener una relación adecuada de calidad con el paciente a propiciado muchas denuncias en el sector de EsSalud del Perú”. Llama la atención que el Instituto de Medicina de Estados Unidos, a pesar de ser gestor y líder en estudios de “Error Médico”, reporta que aún sigue aumentando los litigios contra el médico; así, Willians E. (46), Director Ejecutivo para las Americas de Jhon Hopkins Internacional de Estados Unidos, experto en formular estrategias para garantizar la salud de los pacientes, expresó que existe 98 mil muertes anuales en los hospitales de ese país por “Errores Médicos”, por lo que consideró esta situación como un problema gravísimo y de gran envergadura, y que está tomando relevancia, no solo en Estados Unidos, sino en todo el mundo, y que por primera vez en Estados Unidos se está venciendo el tabú de hablar sobre este tema que ha estado muy oculto; para dicho autor, “nadie está en la profesión médica para herir a nadie”, además errar es humano y que también lo es apuntar con el dedo a los culpables en cuanto ocurra un problema.

En Estados Unidos, contra el Médico existe una demanda judicial cada cinco minutos en Chile (47) las estadísticas son insuficientes, pero existe consenso que está creciendo a tasas muy altas entre 40-50% de un año a otro (48). Nuestro país no es ajeno a esta crítica situación, pues el aumento de juicios por responsabilidad médica es sólo el reflejo del inicio de un proceso que muy dramáticamente han vivido varias naciones llamadas “desarrolladas”. Díaz J. (16) encontró que el mes de julio del año 1999,

existían en trámite solo a nivel de la Corte Superior de Lima 74 procesos penales por supuestos delitos culposos (negligencia, impericia e imprudencia) en el que se involucraban a 156 médicos de diversas especialidades. De dichos procesos, 59 correspondían a homicidios, 14 a lesiones y 01 a abandono de persona en peligro, pero lo preocupante de esta cifra, lo más saltante, es que el 80% de estos casos se habían iniciado durante 1998 y 1999, el resto correspondía a años anteriores hasta 1996.

Al respecto la asociación Mundial Médico en la XC Asamblea realizada en Austria (49), mostró gran preocupación por esta dramática realidad que ahora se hace extensiva también a los países en vías de desarrollo, por lo que dentro de la esfera de su competencia y en armonía con numerosas sociedades de la salud, entre ellos a SIDEME – Sociedad Iberoamericana de Derechos Médico (50) y SODEME – Sociedad Peruana de Derecho Médico (51), viene ejecutando estrategias para contrarrestar este aumento desmesurado de juicios por responsabilidad médica, a través de entre otros, la promoción y difusión de estudios relativos al Derecho Médico y de la salud.

El servicio al que correspondía el mayor número de casos de médicos en litigio, fue el de Cirugía con el 42% (**Tabla 2**), seguido de Medicina. Este resultado es notablemente diferente al encontrado por Russo G. (11), donde en un Hospital de Buenos Aires en el periodo comprendido entre 1982 y 1993, el mayor porcentaje de litigios fue de 26 % correspondiente al Servicio de Gineco-Obstetricia, seguido del 25 % de Cirugía; sin embargo el 8 % correspondió a Pediatría en nuestro estudio el cual fue similar al del mencionado autor en el mismo servicio con un 10 %.

Llama la atención que de los 16 casos ocurridos en el centro quirúrgico, 15 sean de urgencia, correspondiendo 11 casos al servicio de cirugía; y tan solo un caso pertenece a emergencia. Es decir la mayoría de casos del centro quirúrgico, con un 93, 75 % son de urgencia, a pesar que por naturaleza de esta Cirugía, al ser electiva o programada, existe tiempo suficiente para prevenir y evitar situaciones mas allá del riesgo permitido que genera responsabilidad penal; sin embargo, no nos olvidemos que en este grupo podría encontrarse el “paciente recomendado”, que por ser amigo, familiar o trabajador institucional de Essalud, muchas veces propicia para que a efectos de “ganar un cupo” y “ahorrar tiempo” ante la demanda insatisfecha que existe en Essalud, el médico no realiza pasos básicos previos al acto médico en sí, como por Ej. La no realización del Riesgo quirúrgico a pacientes que van a ser intervenidos en el quirófano, pudiendo resultar de todo ello un accidente daño físico al paciente. En cuanto al área, vemos que es en Hospitalización donde hubo más litigios seguido del Centro Quirúrgico en la atención de urgencias, programadas o electivas. Si se hace el análisis de Servicio y área tenemos que en Pediatría las tres cuartas partes de los litigios se propiciaron en Hospitalización; además en Pediatría Hospitalización, Gineco-Obstetricia y Cirugía en el Centro Quirúrgico para la atención de una urgencia; y en Medicina en Hospitalización, ocurrieron algo menos de a dos terceras ares de las denuncias; sin embargo, si hacemos el análisis partiendo del área de atención, vemos que es el Servicio

de Medicina el que tuvo mas litigios, tanto en Emergencia (4 de 10: 40%), Hospitalización (11 de 23: 47, 83%) y Consulta Externa (100%).

Como es de suponer, no siempre en un litigio esta implicado una persona, para el caso específico un solo Médico (**Tabla 3**), y es así que se encontró que en la mitad de casos (50%) solo fue denunciado un médico; y en algo mas de la cuarta parte 2 médicos, hubo 5 médicos implicados en el 8% de las denuncias y hubo un caso donde se implicó a 6 médicos. Como observamos en el 50% de los casos se vieron implicados más de 01 médico, debido a que la atención del paciente, sobre todo cuando ocurre en el Centro Quirúrgico y Hospitalización es multidisciplinaria; y el Fiscal inicialmente y el juez posteriormente, en el uso indebido de sus funciones y sin agotar las investigaciones de Ley, involucra a todos los Médicos que de una u otra manera intervinieron en el tratamiento del paciente; lo que sin embargo a medida que se desarrolla el proceso penal, se va individualizando al médico o médicos responsables, con el detrimento económico, social, moral de los médicos absueltos. En este estudio hubo un total de 99 médicos involucrados.

Al respecto, Navarro J. (12), uno de los pocos estudiosos en nuestro medio en Derecho Penal Médico, refiere que el Fiscal muchas veces denuncia con un atestado policial inconsistente que solo tiene manifestación de la persona agraviada o la de sus familiares, que por supuesto son inculpativas y con el descargo de los médicos denunciados, atentando contra el Art. 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, párrafo último del numeral 2), que refiere que el Fiscal formalizará la denuncia penal si ha reunido la prueba mínima suficiente, que para la materia del caso es el informe pericial a cargo de los peritos médicos especialistas, que el Fiscal no lo solicita, sino espera que lo haga el juez durante el proceso penal, atentando éste último contra el Art. 77 del Código Procesal Penal, que refiere que el Juez sólo abrirá instrucción, si considera que el hecho denunciado constituye delito, entre otros. Entonces surge la pregunta para el mencionado autor ¿Cómo puede establecer el médico que el hecho médico denunciado como negligente constituye delito, si el Fiscal no ha aportado la prueba mínima suficiente requerida?, que como reitero es el Informe Pericial, que concluye que en el acto médico cuestionado hay la presunción de infracción. En tal sentido el juez, no puede considerar como supuesto de delito de negligencia médica un hecho denunciado que no tiene el sustento mínimo probatorio.

La **Tabla 4**, nos muestra que la edad media de la totalidad de médicos en litigio fue de 48, 04 años, siendo semejante entre los del sexo masculino y menor entre las mujeres; lo mismo se observa con la edad mediana y la moda. La edad mínima fue de 33 años entre los varones y de 37 entre las mujeres; en el caso de la edad máxima lo contrario, fue mayor entre los varones y menor entre las mujeres. También es importante referir, que entre los Médicos en litigio predominan los del sexo masculino en una razón de 4, 5:1; es decir, por cada Médica en litigio, aproximadamente 4 Médicos están en litigio. Esta mayor frecuencia del sexo masculino podría explicarse porque aproximadamente el

75% de los Médicos que trabajan en la Red Asistencial de EsSalud de Arequipa, son de este sexo.

Al agrupar a la edad (**Tabla 5**); encontramos que en algo más de la cuarta parte (26,26 %) de los litigados tenían entre 48 a 52 años de edad; y tenemos que el 46, 46 % tenía entre 48 y 57 años de edad; observándose que tanto hacia abajo o hacia arriba la frecuencia va disminuyendo. Entre los de sexo masculino apreciamos que el comportamiento es muy similar al de la totalidad de los casos estudiados; sin embargo entre las mujeres fue menor, no se encontró Médicos mujeres en los tres últimos grupos etáreos, siendo el 66, 66% correspondiente a médicos mujeres de 43 a 52 años de edad.

Las dos terceras partes de los litigios (**Tabla 6**) fueron por Homicidio Culposos (66%) seguido de Lesiones Culposas. Según el Servicio donde ocurrió el accidente, vemos que tanto en Pediatría como en Gineco-Obstetricia y Medicina no hubo abandono/exposición a persona en peligro; así mismo tenemos que en Pediatría y Gineco-Obstetricia, las tres cuartas partes o más fue por Homicidio Culposos (75 y 77, 78% respectivamente); en Medicina fue el 68, 75% y la diferencia, casi un tercio, fueron por Lesiones Culposas. Este resultado es parte de la realidad, por que existe lo que Levinson M. (52) llama **Cifra Negra**, que se refiere a casos de pacientes fallecidos o con Lesiones Graves ocurridos en un Centro Hospitalario, que no son denunciados por el paciente o por su representante legal, sea por causas económicas o pérdida de tiempo que implica el litigar en un proceso penal contra el Médico; infiriéndose que esta cifra no ha podido ser alcanzada por Abogados que solo buscan representatividad Legal para su lucro económico.

Esta situación ya se viene observando en los pasadizos de Centros Hospitalarios limeños, a través de Jóvenes Abogados al acecho de pacientes que hayan sido víctimas de una probable negligencia ofreciéndoles facilidades de pago para interponer una demanda contra el Médico, sin haber agotado el estudio del caso.

En la **Tabla 7**, tenemos que más de la mitad de los litigios se encuentra en la Fiscalía (58%) y cerca de un tercio (32%) en el Juzgado Penal; solo el 10% en la sala penal. De los que se encuentran en la Fiscalía, en las tres cuartas partes (75, 86%) están archivados definitivamente; existiendo tres casos (10, 25%) que habiendo sido archivado definitivamente es factible de proseguir el proceso penal contra el Médico. De los que se encuentran en el Juzgado Penal; algo mas de la mitad (56, 25%) han sido archivados definitivamente a este nivel, mas de la tercera parte (37, 5%) en trámite y también existe un caso que a pesar de estar archivado también es factible de proseguir el proceso contra el Médico. En los casos de la Sala Penal, el 60% ha sido archivado definitivamente en forma irreversible, es decir ha culminado el proceso penal. Hubo 02 casos de Muerte Culposa del concebido ocurridos en el año 2000, pero que fue uno de ellos archivado definitivamente a nivel de la Fiscalía y el otro a nivel del Juzgado Penal, debido a que la Muerte Culposa contra la vida de un ser Humano que todavía se encuentra dentro del útero de la madre (jurídicamente se llama **concebido**), no esta

tipificado, es decir no se encuentra sancionado en el código penal peruano (17), aunque si lo esta en el derecho comparado de otros países.

En nuestra realidad solo esta sancionado como homicidio culposo cuando el niño ha nacido vivo y luego muere por causa médica negligente, o dolosamente cuando el ser humano se encuentra Intra-útero, como es el caso de sanciones al Médico por el delito de aborto. Con la incorporación del delito de lesiones al concebido Art. 124-A del Código Penal Peruano, se ve traducida parcialmente la expresión de una política criminal decidida a ampliar el estatuto Jurídico Penal del concebido, antes reducido a la tutéela de su vida, frente a ataques dolosos; por lo que no sólo se diversifica la actuación penal, sino que a su vez se introduce un nuevo bien jurídico penal “la salud e integridad del concebido”. El delito de lesiones al concebido (Art. 124-A del Código Penal Peruano), únicamente sanciona las agresiones que a título de dolo, vulneran la salud e integridad del concebido (esto a la luz del Art. 12 CP.); en tanto que aquellas producidas por culpa, siguen siendo impunes, por falta de previsión lega.

La actual ubicación del delito de lesiones dolosas al concebido (Art. 124-A del Código Penal Peruano), transgrede la sistemática del Código Penal, al haberse introducido, dentro de un delito que se comete contra las personas (delito lesiones culposas, Art. 124, del C.P.); ya que la estructura del Código Penal diferencia estas dos figuras, colocándolas no sólo en artículos separados, si no que también les otorga distinto grado de protección y punición.

Asimismo, se presta a ambigüedades, al momento de interpretar si se trata de un delito dolosos o culposo; al haberse introducido el delito de lesiones dolosas al concebido (art. 124-A del C.P.), como un apéndice del delito de lesiones culposas ocasionadas a las personas Art. 124 del Código Penal.

El delito de lesiones dolosas al concebido (Art. 124-A del C.P.) sólo colma en una mínima parte, el enorme vacío legal existente en torno a los múltiples atentados que se vienen dando contra la salud e integridad del concebido. Al ser frecuente que estos actos por lo general no sedan a título de dolo; sino por imprudencia, negligencia o impericia, esto al menos por parte de los profesionales médicos o sanitarios. Lo cual demuestra la necesidad de regular prontamente el delito de lesiones culposas al concebido, a efecto de llenar esta laguna punibilidad. Que ante la imposibilidad de incorporar al código penal un nuevo capítulo referido al delito contra la salud e integridad del concebido, consideramos que estos sean tipificados en una ley especial penal cuya propuesta la presentamos en el Anexo 8.

Si hacemos el análisis por año en que se produjo la denuncia penal, el del año de 1995 fue el único caso archivado definitivamente en forma irreversible a nivel de la Sala Penal; y el año de 1997 también pero en la Fiscalía; del año 1998 archivados definitivamente sobre todo en el Juzgado Penal; en el año de 1999 archivado definitivamente en la Fiscalía; en el año 2000 archivado definitivamente tanto en la Fiscalía como en el Juzgado y Sala Penal sobre todo en el primero de ellos; en el 2001

la mayoría (75%) ha sido archivado definitivamente en la Fiscalía y existe un 25% pero aún esta en trámite en el Juzgado Penal; en el 2002 la mayoría de las denuncias fueron archivados definitivamente a nivel de la Fiscalía, no habiendo ningún caso de archivo definitivo en la Sala Penal.

En el 2003 el 27, 27% se encuentra en trámite tanto en la Fiscalía como en el Juzgado Penal, el 36, 36% fue archivado definitivamente tanto a nivel de la Fiscalía como de Juzgado y Sala Penal, y en el 36, 36% a pesar de haber sido archivados es factible de proseguir el proceso penal contra el médico; finalmente en el año 2004 el 100% de casos se encuentran en trámites, la mitad de ellos en la Fiscalía y la otra en el Juzgado Penal. De los tres casos que se encuentran en trámite en el Juzgado Penal iniciado en el 2004, dos de ellos han culminado en este nivel el 2005 con sentencia condenatoria contra los Médicos involucrados, a lo que el juez penal en el primer caso, por el delito de Homicidio Culposos, de los tres Médicos involucrados, absolvió a uno de ellos, y a los dos restantes los condenó: a) Pena privativa de libertad de 02 años, con efectividad suspendida de 18 meses, a condición de que cumpla determinada regla de conducta, b) pagar S/. 50, 000 por concepto de reparación civil en forma solidaria con EsSalud, c) Inhabilitación para ejercer la profesión de Médico por 18 meses.

El segundo caso es similar, pero involucra a un Médico por el delito de Lesiones Culposas, por lo que el Juez le impuso: a) Tres años de pena privativa de la libertad, con efectividad suspendida de 18 meses, a condición que cumpla determinadas reglas de conducta, b) Pagar S/. 70, 000 por concepto de reparación civil en forma solidaria con EsSalud e c) Inhabilitación para ejercer la profesión de Médico por 18 meses. En ambos casos, el Juez increíblemente los ha inhabilitado transgrediendo la Ley N° 27753, que modifica la pena de Homicidio y Lesiones Culposas, al hacer una inadecuada interpretación de esta Ley puesto que en la actualidad ya no contemplan la inhabilitación profesional en estos delitos, hacerlo es prevaricar al atentar con el Principio de Legalidad, consagrado como principio rector general en el Artículo II del Título Preliminar del Código Penal Peruano.

Esta situación no solo ha ocurrido en este estudio, sino también se ha observado en sentencia de la capital del Perú, que al quedar consentidas (al no ser impugnadas) o ejecutoriadas (cuando la instancia superior confirma la sentencia impugnada), el Juzgado en ejecución de la sentencia, ordena al Colegio Médico del Perú que aplique la sanción en observancia al Art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En tal sentido, el Colegio Médico del Perú, por mandato expreso de la Ley, esta en la obligación de acatar el fallo Judicial y ejecutar la inhabilitación impuesta. Corresponderá al Médico perjudicado con esta indebida sanción, ejercitar los medios impugnatorios y demás acciones legales que la Ley franquea, a efecto de hacer valer sus derechos y corregir el error judicial.

Actualmente ambas sentencias se encuentran en estado de apelación por lo expuesto y sobre todo por la asténica motivación de que adolece al no haberse agotado aún

diligencias periciales necesarias para esclarecer el ilícito instruido, amén de errores lógico jurídicos por parte del juzgador al confundir el concepto de términos Médicos.

Es importante señalar que el único caso ocurrido en el año de 1995, por el delito de Lesiones Culposas, a pesar de que penalmente ha sido archivado en forma definitiva, irreversible concluyendo así el proceso penal; éste se ha dado al haberse declarado fundada en la Sala Penal la excepción de prescripción invocada (por el tiempo), es decir, ha transcurrido mas del tiempo permitido de duración de un proceso penal que la Ley permite, por lo que queda extinguido la acción penal contra los Médicos; lo que sin embargo no significa que no exista responsabilidad civil y/o administrativa.

De la totalidad de denuncias (**Tabla 8**) en el 58% de los accidentes no se encontró ningún tipo de consentimiento informado del paciente, sobre todo en el Servicio de Medicina seguido del de Cirugía. De los casos en que si hubo consentimiento informado del paciente sea quirúrgico u otro en el Servicio de Gineco-Obstetricia, se dio con un 77, 78 % y en el 50% en el Servicio de Pediatría. Todo paciente, sea del Servicio de Cirugía o de Gineco-Obstetricia que va ha ser sometido a una Cirugía en el Centro Quirúrgico, sobre todo cuando es programada dicha Cirugía, debe tener obligatoriamente consentimiento informado del paciente. En este estudio solamente el 28% y 66, 67% de los servicios de Cirugías y Gineco-Obstetricia respectivamente tienen consentimiento informado quirúrgico (realizado por el cirujano tratante), siendo justamente los dos casos sentenciados ocurridos en el 2004 no tuvieron consentimiento informado quirúrgico ni anestésico. El consentimiento informado quirúrgico sirve como un eximente de responsabilidad penal, como así lo refiere el Inc. 10 del Art. 20, del Código Penal, cuando el Acto Médico se enmarca dentro del riesgo permitido, a pesar de que ocurriera lesión a la vida el cuerpo o a la salud del paciente.

En el 100% de los casos no hubo consentimiento informado anestésico, es decir, el paciente no fue informado de los riesgos permitidos e inherentes que conlleva todo acto anestésico por parte del anesthesiólogo. Este consentimiento informado anesthesiológico, en cirugías programadas, debe realizarse en un Consultorio de Evaluación Pre-Anestésica (38), sin olvidar que según Resolución Ministerial 381-95-SA, el anesthesiólogo trabaja con pacientes de alto riesgo. Los pacientes que fueron hospitalizados en cualquier Servicio, el 58% de los casos no tuvieron consentimiento informado para realizar los diferentes tratamientos. La ausencia de información que recibe el paciente al no autorizar el consentimiento informado, genera una mala relación médico-paciente, causa número uno de denuncias penales a los médicos.

En un estudio sobre declaraciones de mala praxis médica realizado por Beckman H. (53), detectó problemas de comunicación entre médicos y pacientes en un 70 %. Levinson M. (52), en su trabajo sobre la comunicación médico paciente, encontró ciertas conductas médicas que se asocian con el menor riesgo de demandas por mala praxis, por decir, mayor duración de las consultas, afecto emocional en las visitas habituales, uso de humor, calidez, etc.

La **Tabla 9**, nos muestra que en el 48% de los casos existió omisión de Procedimientos Médicos; en el 26% de Procedimientos Administrativos y en un 26% existió omisión de Procedimientos Médicos y Administrativos paralelamente. Es necesario mencionar que la aplicación del principio de oportunidad entro en ejercicio en el año de 1995, coincidiendo con nuestro primer caso; sin embargo, en ese entonces no era obligación del Fiscal citar al inculcado y víctima para proponerles esta forma conciliatoria, es obligación recién se hizo efectivo con la Ley N° 28117 el 10 de Diciembre del 2003. En nuestro estudio en ningún caso se aplicó el principio de oportunidad, a pesar de que en muchos casos se cumplía con los requisitos mínimos necesarios para su ejecución. García F. (41), encontró que la ejecución de la aplicación del principio de oportunidad es dificultada además por errores de aplicación, al no haber uniformidad de criterios entre los Fiscales. Salas C. (40) encontró que, en el año 2000 a nivel de Lima, ni siquiera en el 1% de los casos se aplico el principio de oportunidad, debido según el autor, a la falta de especialización del personal fiscal y administrativo, así como a la recargada labor de los despachos.

Al abogado defensor del paciente o del Médico, no le conviene que el proceso penal sea archivado con la aplicación del principio de oportunidad, porque de hacerlo, no seguiría percibiendo sus honorarios profesionales. De los procedimientos Médicos de la cual hubo la mayor frecuencia de omisión, fue la elección de tratamiento riesgoso con justificación (50%), seguido de la falta de monitorización en las funciones vitales.

Los dos casos de Médicos sentenciados el año del 2005, aunque iniciados el proceso penal en el año 2004, omitieron el procedimiento la elección de tratamiento riesgoso con justificación ; sin embargo, se hubiera justificado si el cirujano tratante hubiera hecho que el paciente firme el consentimiento informado quirúrgico lo que no se hizo en ambos casos, porque de hacerlo el proceso penal se hubiera archivado de forma definitiva, al actuar el consentimiento informado como causa eximente de responsabilidad penal. De los 24 casos en que hubo omisión de procedimientos médicos, 12 casos, es decir el 50 % de ellos, no realizó elección de tratamiento riesgoso con justificación. En cuanto a los procedimientos administrativos omitidos, en mas de las tres cuartas partes (76, 92%) fue por “elaboración de historia clínica que refleja omisiones de actos Médicos realizados”, seguidos con un 15,38 % por la “no presencia del protocolo de atención médica”.

De los procedimientos médicos y administrativos omitidos, el mayor porcentaje con un 69.23% correspondió a no elección de tratamiento riesgoso con justificación más elaboración de historia clínica que refleja omisión de actos médicos realizados. En las entrevistas realizadas con los Médicos involucrados en estos casos, refieren que realizaron determinados tratamientos y procedimientos complementarios, pero que omitieron escribirlo en la Historia Clínica por olvido algunos y otros por falta de tiempo y costumbre unos pocos. Este Acto Médico es considerado por el Juez como no realizado.

En la **Tabla 10**, tenemos que en algo menos de la mitad de los litigios penales (24 casos), se encontró que solo había omisión de procedimientos médicos, sobre todo en el Servicio de Medicina, seguido de Cirugía. En dos casos de Pediatría hubo omisión de Procedimientos Administrativos y Médicos; en el mismo Servicio también hubo omisión de Procedimientos sólo Administrativos. En el Servicio de Gineco-Obstetricia hubo omisión de procedimientos Médicos y Administrativos en aproximadamente una cuarta parte de los trece casos presentados. En Cirugía hubo sobre todo omisión de Procedimientos Médicos seguido de Médicos y Administrativos; finalmente en el Servicio de Medicina tan solo en el 15,5% hubo omisión de procedimientos Médicos y Administrativos.

Evidentemente, las causas que originan un litigio penal al médico son multifactoriales, y se ubican en todos los niveles, o como Willians E, (46) refiere, que para él, se centra en el nivel de Gestión y de coordinación del cuidado, porque ese es el nivel en que se coordina la prestación de servicios y en la cual se crean sistemas que puedan causar errores, por lo que se debería identificar las fallas del sistema en el proceso de prestación, es así, que en los Hospitales Jhons Hopkins Internacional, se ha creado un centro con fondos y un gran compromiso de parte de líderes, para crear lo que se llama el “Centro de Innovaciones en Cuidados del Paciente”, reduciendo drásticamente los costos, al reducir las infecciones hospitalarias y bajar a la mitad la estancia hospitalaria del paciente.

En los litigios por Homicidio Culposo (**Tabla 11**) predominó la omisión de Procedimientos Médicos, seguido de la omisión de los dos procedimientos; en las Lesiones Culposas con claro predominio (3 a 1) prevaleció la omisión de Procedimientos Médicos sobre la omisión de Procedimientos Médicos y Administrativos. Llama la atención que de los 50 litigios presentados, la mayoría con 24 casos, fue por omisión del Procedimiento Médico, amén de los otros casos de la omisión de procedimientos médicos que se encuentran inmersos en la cifra de omisión paralela de procedimientos médicos y administrativos. En uno de los dos únicos casos de abandono/exposición de persona en peligro, hubo inejecución de Procedimientos Médicos.

En la distribución de litigios penales según la afirmación o negación de la comunicación, conocimiento y aplicación del principio de oportunidad (**Tabla 12**), como única forma conciliatoria penal extrajudicial entre el médico y el paciente, se observó que en ninguno de los 50 casos presentados se aplicó el principio de oportunidad en los delitos culposos, sea de lesiones u homicidio. Al respecto, según se pudo constatar al revisar los expedientes penales y entrevistas realizadas, el fiscal en ningún caso comunicó al médico la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad, prueba de ello es que en el acta fiscal no se encontró en ningún caso la citación al inculcado, es decir el médico, para la aplicación del principio de oportunidad. En consecuencia, el médico por este camino no tuvo conocimiento de que existía esta figura conciliatoria, a pesar que en casi la totalidad de los casos si reunía los requisitos para la aplicación de este principio. Tampoco a través de su abogado defensor, el médico no tuvo acceso a este conocimiento, obviamente por que al abogado le conviene económicamente que el proceso no se archive a este nivel por aplicación del

principio de oportunidad, porque de ser así dejaría de percibir sus honorarios profesionales.

De las entrevistas realizadas, se puede apreciar que los Fiscales y Jueces, estiman en un número importante, que las normas procesales respecto a la aplicación del Principio de Oportunidad, sobre todo en la etapa judicial, no eran precisas, con vacíos o disposiciones poco claras. Asimismo, consideran que las normas sobre el principio de oportunidad son genéricas y requieren ser complementados con normas específicas. No se pudo obtener opinión de los Fiscales o Jueces sobre la reglamentación de la aplicación del Principio de Oportunidad, porque ésta recién se publicó en el Diario el Peruano, el 12 de Julio del 2005 (42).

Butts. T y Notinn J, consultoras y conciliadoras norteamericanas (54), refieren que el principio de oportunidad será un tema que se desarrollará con mayor intensidad en los próximos años en el sector salud, debido a que se trata de un mecanismo para solucionar de manera amigable y discreta el conflicto sufrido entre el médico y el paciente. Refiere también que es importante que en el Perú existan médicos conciliadores, porque de acuerdo a la experiencia norteamericana, mucha gente busca un conciliador que sepa del tema en cuestión. En el Perú existe solo 09 médicos conciliadores; sin embargo, Benavides R, (55) considera que estos conciliadores deben ser profesionales del Derecho especialistas en la rama penal.

V. CONCLUSIONES

En el periodo de estudio se encontró que de los 50 litigios penales ocurridos en práctica médica en la Red Asistencial de Arequipa Essalud:

1. La mayor frecuencia de litigios penales se inició en el 2003.
2. Es el H. N. C. A. S. E. con mayor frecuencia de litigios penales.
3. Fue el Servicio de Cirugía el más litigado sobre todo en el Centro Quirúrgico en la atención de urgencias.
4. En la mitad de los litigios penales estuvo implicado un Médico, y en la totalidad de las litigios implicados 99 Médicos.
5. Hubo cuatro hombres por cada mujer médico en litigio penal.
6. El grupo etéreo predominante fue de 48 a 52 años.
7. En el 66% el delito fue de Homicidio Culposos.
8. En el 58% el expediente penal se ubicó en la Fiscalía; y en más de la mitad de las denuncias fueron archivadas definitivamente sobre todo a nivel de la Fiscalía. Hubo 02 casos archivados definitivamente de “muerte culposa” del Concebido.
9. En más de la mitad (58%) no hubo consentimiento informado del paciente, sobre todo en el Servicio de Cirugía de Medicina. No hubo consentimiento informado Anestesiológico.
10. En el 48% hubo omisión de procedimientos Médicos, en el 26% Administrativos y en el 26% paralelamente Administrativos mas médicos. Fue el Servicio de medicina en donde hubo mayor frecuencia de omisión de procedimientos médicos.
11. En el 100 % de los casos: a) El fiscal no comunicó al médico la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad b) el médico no conoce que es el principio de oportunidad y c) no se aplicó el principio de oportunidad.
12. En el periodo de estudio ocurrieron la omisión de los siguientes procedimientos:

A. Médicos

- No monitorización de Funciones Vitales.
- No realización exámenes y Laboratorio y/o complementaria necesarios para establecer diagnóstico.
- No elección de tratamiento riesgoso con justificación.
- Abandono del paciente.
- No Observancia de protocolo de atención médica ni monitorización de Funciones Vitales.

- No Observancia de protocolo de atención médica ni elección de tratamiento riesgoso con justificación.
- No Realización exámenes y Laboratorio y/o complementaria necesarios para establecer diagnóstico y tratamiento sin haber establecido el diagnóstico.

B. Administrativos

- Elaboración de historia clínica que refleja omisiones de actos Médicos realizados
- No Presencia de Protocolo de atención médica
- Elaboración de historia clínica que refleja omisiones de actos Médicos realizados y Médico no es especialista

C. Médicos y Administrativos

- No Elección de tratamiento riesgoso con justificación y elaboración de Historia Clínica que refleja omisión de actos médicos realizados.
- No Observancia de protocolos de atención médica, no monitorización de funcionales vitales ni presencia de protocolos de atención médica.

13. Hubo dos casos sentenciados contra el médico que se encuentra actualmente en estado de apelación, en ambos casos no se realizaron ningún tipo de consentimiento informado y eligieron tratamiento riesgoso sin justificación, uno de los casos no observó el protocolo de atención médica a pesar de existir, y en el otro caso se elaboró historia clínica que si refleja omisiones de actos médicos realizados, es decir, realizaron el acto médico pero no lo consignaron en la historia clínica, lo que no se configura en una evidencia, y que por tanto no puede ser valorado por el Juez a favor del médico involucrado.
14. Existió un caso que se archivó el proceso penal por prescripción en el tiempo, lo que de no haber sido así, hubiera desencadenado responsabilidad penal médica por los delitos de Homicidio Culposo y abandono de persona en peligro. Un segundo caso de abandono de persona en peligro ocurrió, pero que fue archivado definitivamente a nivel del Juzgado Penal.
15. Desconocimiento total de los médicos del significado del Principio de Oportunidad.
16. No hay uniformidad de criterios al consignar actos médicos realizados, y estos es debido a que no está reglamentado el Art. 29 de la Ley General de Salud, sobre el contenido mínimo que debe contener la historia clínica.
17. Algunos informes médicos legales realizados por los Médicos legistas padecen de imprecisión Técnico-Científica, sobre todo cuando se refiere a especialidades o sub-especialidades médicas, dificultando el pronunciamiento adecuado del Juez, acorde a lo realmente ocurrió en el accidente médico.

18. Existe escasez de abogados preparados, y lo que es peor de Fiscales y Jueces compenetrados en la sub-especialidad de Derecho Penal Médico.
19. En ningún caso se aplicó el principio de oportunidad, a pesar de contar mucho de ellos, con los requisitos mínimos para realizarlo, debido entre otros, al desconocimiento y/o falta de criterios uniformes de su aplicación por los Fiscales al no haber una reglamentación de ello. Recién el 12 de julio del año 2005, se ha reglamentado la aplicación del principio de oportunidad, lo que en ciertos aspectos aún es imprecisa y no acorde a nuestra realidad, lo que dificultaría su ejecución.
20. Falta de un ente encargado a nivel de EsSalud, de controlar el Riesgo Médico Legal.

VI. RECOMENDACIONES

Debido a que las causas de Litigios Penales en la práctica médica de la Red Asistencial de Essalud Arequipa durante el periodo del año 1995 al 2004 son multifactoriales e Inter-disciplinarias, así lo son también las soluciones para evitarlos, por lo que proponemos las siguientes recomendaciones a corto, mediano y largo plazo:

I. CORTO PLAZO

1. Crear un Consultorio de Evaluación Pre-Anestésica en cada Centro Hospitalario.
2. Elaborar e implantar la obligación del llenado de la Hoja de Evaluación Pre-Anestésica. Se adjunta propuesta de modelo de dicha hoja (**Anexo 2**).
3. Elaborar e implantar la obligación del uso de protocolos de atención médica por Servicio en los Centros Hospitalarios donde no existan, los mismos que deben ser estructurados en base a Medicina basada en la Evidencia.
4. Elaborar e implantar la obligatoriedad del uso del Consentimiento Informado Anestesiológico, por tipo de anestesia y consentimiento informado quirúrgico por tipo de patología. Se adjunta como Ej. una propuesta de modelo de Consentimiento Informado Anestesiológico (**Anexo 3**) y Quirúrgico (**Anexo 4**).
5. Realizar Inter-consultas ante casos de diagnóstico o tratamiento difícil, sobre todo en aquellos casos en que el paciente o familiar tienen personalidad conflictiva.
6. Evolución completa, ordenada y con letra legible de la Historia Clínica, acorde al modelo expuesto en el anexo 6, hasta que se apruebe la reglamentación del Art. 29 de la Ley general de Salud, referente al contenido mínimo que debe tener la historia clínica.
7. Dejar fotocopia de exámenes e indicaciones entregados al paciente.
8. Concientizar al usuario de salud de que la obligación del Médico de curarle su enfermedad, es de medios y no de resultados, a fin de asegurarse de haber sido agraviado efectivamente, para no ser alimentados con falsas expectativas propiciadas por abogados que solo buscan lucro económico, más aún teniendo en consideración el nuevo Código Procesal Penal en su Artículo 497, al referir que las costas que genere un proceso penal, serán pagados por el paciente demandante si absuelven al médico demandado.
9. Difusión a los Médicos del significado del Principio de Oportunidad, como único medio existente conciliatorio penal.

II. MEDIANO PLAZO

1. Capacitar al Médico en Derecho Médico y analizar periódicamente casos de problemas Médico Legales, para que conozcan sus derechos y obligaciones, disminuir drástica y sistemáticamente la Medicina Defensiva y Responsabilidad Penal, ya que el Médico al conocer objetivamente que es lo que el derecho penal le puede reprochar, y porqué, prestará mayor celo y diligencia a sus Actos Médicos, al “Conocer la Ley y no temerle”.
2. Fortalecer una buena relación Médico-Paciente, a través de capacitación de Relaciones Humanas al Médico, considerada como la mejor estrategia preventiva de litigios penales.
3. Gestionar la Especialización del Médico General y/o Sub-Especialización de ser el caso, acorde al Servicio donde ya labora, a través de la modalidad no-escolarizada o escolarizada, aumentando en este ultimo la cobertura de plazas cautivas para EsSalud.
4. Gestionar ante el Colegio Médico del Perú, para que elabore una lista de peritos calificados seriamente estudiados, solicitando información a las respectivas Sociedades Científicas, teniendo en cuenta la Sub-Especialización, dentro de cada Especialidad. A su vez, estos peritos elegidos deben recibir cursos de refuerzo del enfoque legal por parte del Instituto de Medicina Legal.
5. Capacitar a un grupo de profesionales Médicos y Abogados por la **TACAMES** (Tribunal Americano de Mediación, Conciliación, Arbitraje Médico y de Salud), con la certificación de “Consultor Internacional en Prevención y Solución de Conflictos Médicos y de Salud”, los mismos que estarían en condiciones de crear la **Oficina de Control de Riesgo Médico Legal (OCRIMEL)**, quienes realizarían intervenciones a nivel: **a) Preventivo:** Al implementar comités hospitalarios de prevención de riesgo médico legal, mala praxis y responsabilidad penal y civil, quienes entre otros, aplicarán acciones preventivas (en el **anexo 5** adjuntamos propuesta de acciones preventivas) **b) Resolutivo:** Es decir, ocurrido el accidente médico, inmediatamente se remitirían al lugar de los hechos para elaborar un informe completo médico legal, en relación a la posible responsabilidad penal derivada de la actuación médica, para evaluar la posibilidad de solicitar al fiscal la aplicación del Principio de Oportunidad, o de ser el caso, realizar una adecuada defensa procesal médico legal.

III. LARGO PLAZO

1. Gestionar a nivel del Congreso de la República la Reglamentación del contenido mínimo, que debe tener la Historia Clínica, previsto en el Art. 29

de la Ley General de Salud. En el **Anexo 6** se propone un modelo del contenido mínimo que debe contener la Historia Clínica.

2. Corporativamente propiciar cambios de políticas curriculares en las Facultades de Medicina Humana, a efectos de incluir el curso de Derecho Médico tanto a nivel de pre- y post grado.
3. El Colegio Médico y EsSalud, deben gestionar ante el Ministerio de Justicia para que, en el Instituto de Medicina Legal, el Médico Legista siga cursos de Post-grado, de Especialización y Sub-especialización, pues, aunque está integrados por Médicos muy competentes, es evidente que en la actualidad es imposible que ofrezca una cobertura total adecuada en todos los problemas técnicos de la Medicina.
4. Creación de un organismo asesor de la gestión conformado por un equipo multidisciplinario de Médicos y Abogados, con conocimientos especializados en Medicina y Derecho Penal Médico, cuyo sinergismo cognoscitivo, permita crear una Legislación adecuada, como por Ej. **a)** Mejorar la insuficiencia e imprecisión de los Arts. 290 y 291 del Código Penal, que al no referirse a delitos culposos y dolosos en que pudiera incurrir el Médico, no permite al juez pronunciarse adecuadamente, alejándose así del ideal de Justicia. Se adjunta propuesta de posible modificación de dichos artículos **en el anexo 7. (24).** **b)** Modificar el Art. 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el sentido de responsabilizar al Fiscal Provincial penal, por la denuncia que carezcan de la condición de la prueba mínima y suficiente, la atribución fiscal de la titularidad de la acción penal debe ser bajo responsabilidad funcional, es decir el Fiscal Provincial Penal debe responder si expone al médico ante el poder judicial innecesariamente, sin contar con los elementos suficientes que ameriten una Investigación Judicial, ya que se ha hecho una costumbre negativa, que el Fiscal, al no saber a quien denunciar, arbitrariamente considera que debe hacerlo con todos los Médicos que de alguna manera participaron en la atención del paciente agraviado, atentando así contra el Art. 1 de la Carta Magna, que comienza diciendo “ La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” y **c)** Que ante la imposibilidad de incorporar al código penal un nuevo capítulo referido al delito contra la salud e integridad del concebido, consideramos que estos sean tipificados en una ley especial penal cuya propuesta la presentamos en el **Anexo 8.**
5. Crear una base de datos de incidentes y accidentes Médicos, detallados y anónimos, que permitan identificar los mecanismos y factores que originaron el error Médico, para así establecer estrategias preventivas adecuadas de litigios contra el médicos a cargo de la **OCRIMEL.**

6. Solicitar al Ministerio Público la creación de Fiscalías especializadas en aplicación del Principio de Oportunidad, así como modificar reciente reglamentación, puesto que presenta problemas Socio-Jurídicos, lo que dificulta su ejecución, por decir entre otros: a) El monto que debe pagar el médico imputado para la aplicación del principio de oportunidad, no debe tener un tope máximo de 06 meses, sino mayor, acorde a su realidad socio-económico, b) El médico no debe pagar adicionalmente el 10 % de la reparación civil al Ministerio Público para cubrir gastos administrativos etc., por la aplicación el Principio de Oportunidad, c) Establecer Directivas orientadas a la difusión y aplicación del Principio de oportunidad por parte de los defensores de oficio, d) Se debe normar la realización de campañas informativas a través de afiches, conferencias públicas, módulos informativos en el Ministerio Público y en otros órganos encargados de la administración de justicia o recurriendo a los medios de difusión de gran envergadura como, televisión, prensa escrita, Internet, etc., para una difusión a nivel nacional de esta importante institución procesal penal y por ende crear en la Sociedad una cultura predispuesta a la conciliación y e) Facultar a los centros de Conciliación, con sedes Hospitalarias, para aplicar el Principio de oportunidad en delitos específicos, cuyas acciones deben ser homologados por el Fiscal. Estos conciliadores deben ser para el caso de los centros Hospitalarios Médicos Abogados, con conocimientos especializados en Derecho Penal Médico.
7. Solicitar al Poder Judicial la creación de Juzgados y Salas Penales especializadas en materia penal médica, los mismos que deberán ser capacitados y evaluados periódicamente, a efectos de que las sentencias que emitan sean debidamente motivadas.

De ejecutarse las recomendaciones propuestas, se conseguirá evitar litigios penales en la práctica médica de la Red Asistencial de Arequipa EsSalud y con ello implícitamente los siguientes logros:

1. A NIVEL DE ESSALUD

- a. Evitar desprestigio de su imagen institucional prestadora de Servicios de Calidad en Salud.
- b. Erradicación o Reducción de Costos en los siguientes rubros:
 - Al no pagar reparación civil en sentencias penales condenatorias contra el médico, en la que EsSalud es solidariamente responsable.
 - Al no realizarse exámenes auxiliares y/o complementarios innecesarios para configurar el diagnóstico de una enfermedad y no aumentar el tiempo de estancia hospitalaria del paciente; ambos generados al eliminarse drásticamente la medicina defensiva.

- Al no pagar costas que involucra litigar en un proceso penal.
- Al no pagar solidariamente con el médico una indemnización en la vía civil al paciente, que casi siempre se deriva de una sentencia condenatoria penal contra el médico.
- Al no utilizar recursos humanos y administrativos de la Oficina de asuntos jurídicos y otros, en la defensa de un proceso penal

2. A NIVEL DEL MÉDICO

- a. No desprestigio de su imagen profesional, arduamente ganado a través de años de estudio y trabajo.
- b. No asumir responsabilidad administrativa, moral, ética y deontológica.
- c. No pérdida de tiempo de litigar en un proceso penal.
- d. No estar afecto de un Síndrome Judicial.
- e. Erradicación o reducción de costos al no pagar costas, reparación civil por la aplicación del Principio de Oportunidad, reparación civil en la sentencia condenatoria del proceso penal e indemnización que se derive en la vía civil de ésta última.

3. A NIVEL DEL PACIENTE

- a. Erradicación o reducción de su morbi-mortalidad como consecuencia del accidente médico.
- b. Va a tener mayor confianza y satisfacción con el médico y EsSalud, por lo que va a fortalecer el buen prestigio que tenía de ambos.
- c. Erradicación o reducción de costos que significa el no pagar costas de un proceso penal en el cual está involucrado.
- d. No pérdida de tiempo, deterioro físico y psíquico que conlleva litigar un proceso penal.
- e. No estar expuesto innecesariamente al riesgo de realización de exámenes auxiliares y/o complementarios generados por la medicina defensiva.

Como segunda parte del presente estudio se recomienda a través de un nuevo trabajo de investigación, ponderar el impacto biosocioeconómico que generaría la ejecución de las recomendaciones propuestas para evitar los litigios penales en la práctica médica de la Red Asistencial de Arequipa Essalud, así como aplicar el modelo de este estudio a todos los centros hospitalarios de Essalud a nivel nacional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Verástegui, J. :**“Aspecto Médico Legales de la Anestesiología”**, en el I Curso Internacional Avances en Anestesiología Reanimación y Terapia del Dolor, HNAAA, Chiclayo-Perú, 1993
2. Kadagan L. R. y Cabrera de K.: **“Responsabilidad Penal del Médico”**, Lima-Perú, Ed. Agosto 2002.
3. Wong P, Chávez A., Huaytalla J. y otros: **“Aspectos Legales de la Práctica Médica”**, en Panel Forum Hosp. Sergio Bernales, Pág. 169-198, Lima-Perú, 1997.
4. Huaytalla J.: **“Aspecto Médico Legales de la Practica Médica”**, en Actas Peruanas de Anestesiología, 11: 1-66, Pág. 52-59, Lima-Perú 1998.
5. 44° Asamblea Médica Mundial **“Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Negligencia Médica”** www.unav.es/cdb/ammarbella5.html
6. Verástegui, J.: **“Aspecto Médico Legales de la Anestesiología”**, en I Curso Internacional” Avances en Anestesiología, Reanimación y Terapia del Dolor, Hosp. Nac. “Almanzor Aguinaga Asenjo”, Chiclayo-Perú, 1993.
7. Sánchez, P.: **“Comentarios al Código Procesal Penal”**, Lima-Perú, 1994.
8. **Código de Procedimientos Penales**, Edit. Gaceta Jurídica, 8° Ed. Lima-Perú, Marzo 2005.
9. **Mayll. L: “Compendio de negligencia médica 2005”**, Primera Ed. Lima – 2005
10. Navarro, J.: **“Acto Médico Anestesiológico y Responsabilidad Penal”**, Acta Peruana Anestesiología, 2001; 14:1, Pág. 28-31, Lima-Perú.
11. Russo G. :**“Mala Praxis Médica”**, www.Medicinalegal.com.ar/grusso1.htm
12. Navarro J.: **“Negligencia Médica”**, Lima-Perú, 2003.
13. **Ley N° 26842** (Ley General de Salud): Art. 48, en Normas Legales de Diario Oficial **“El Peruano”**, Pág. 151248, Lima-Perú, 20-07-1997.
14. Rabi, A.: **“La Responsabilidad Profesional del Médico”**, www.ama-med.org.ar/publicaciones_revistas3.asp?id=135.
15. González, A.: **“Responsabilidad Jurídica del Médico Interno Residente”**. Archivo de la Sociedad Española de Oftalmología. No 6 Junio-2004.
16. Díaz, J.: **“Desafíos Legales a la Profesión Médica”**, Boletín del Colegio Médico del Perú. Colegio Médico del Perú, Lima- Perú, Mayo/Julio, 2000.

17. **Código Penal**, Edit. Gaceta Jurídica, 8° Ed., Lima-Perú, Abril 2005.
18. Plenario Académico de la Academia nacional de Medicina: **“Declaración sobre la mala Práctica Médica”**, www.acamedbai.org.ar/página/academia/declarac.htm.
19. Altman, D.: **“Practical Stactictics”**. For Médical Reserfach, Edit. Chapman. and hall Londres 1991.
20. Vásquez, M. : **“Historia Clínica, Consentimiento Informado, Vacuna Legal contra Demandas”**, www.diarioMédico.com/normativa/norm110399combis.html.
21. Quiroz, J.: **“Mala Práctica de Medicina. Código Procesal Civil”** en Symposium Medifarma, Pág. 19-20, Lima-Perú, 1997.
22. Ruiz, P.: **“Acto Médico: Implicancias Legales y Médico Legales”**. Revista Acta Médica, Colegio Médico del Perú, Pág. 22, Lima- Perú, Abril 1995.
23. Ruiz I.:**“Responsabilidad Médico Legal-Estrategias ante Demandas”**, en XXV Congreso Latinoamericano de Anestesiología, Sto. Domingo-República Dominicana, 1999.
24. Morales, J.: **“La Responsabilidad de los Médicos por Acto de Función”**, 1° Ed., Chiclayo-Perú, 2001.
25. **Absuelto un Ginecólogo que se ajustó al Protocolo de la Sego**, www.geocities.com/danazolpae/3cyc.htm.
26. **Sentencia Condenatoria Ejecutoriada Sala Penal**: Expediente 6095-97, Lima-Perú, 1997.
27. **Sentencia Condenatoria Ejecutoriada Sala Penal**: Exp. 3540-99, Lima-Perú, 1999.
28. Crespo, Z.: **“Aspectos Médicos Legales en Anestesia y Trauma”**, www.indexMédico.com/publicaciones/journals/revistas/bolnia/instituto_sucres/edicion1/villegas.htm.
29. **Sentencia Condenatoria Ejecutoriada Sala penal**: Exp. 6697-98, Lima-Perú, 1998.
30. **Sentencia Condenatoria Ejecutoriada Sala Penal**: Exp. 670-98, Lima-Perú, 1999.
31. **Sentencia Condenatoria Ejecutoriada Sala Penal**: Exp. 615-2002, Lima-Perú, 2002.

32. **Sentencia Condenatoria Ejecutoriada Sala Penal:** Exp. 97-0108(97-005) Huaráz-Perú, 1997.
33. **Sentencia Condenatoria Ejecutoriada Sala Penal:** Exp. 578-2000-Lima-Perú, 2000.
34. **Sentencia Condenatoria Ejecutoriada Sala Penal:** Exp. 559-98, Lima-Perú, 1998.
35. **Sentencia Condenatoria Ejecutoriada Sala Penal:** Exp. 98-670-4to, J. P. Huancayo-Perú, 1998.
36. Zaffaroni E.R.: **“Manual de Derecho Penal: Parte General”**, 1º Ed., Bs. Aires, Ediar – 2005
37. **Reglamento de la Ley de Trabajo Médico:** Decreto Supremo N° 024-2001-SA-LIMA-2001, Normas legales, en Diario Oficial “El Peruano“, Pág. 207319-207321, Lima-Perú 23-07-2001.
38. Collins, V.: **“Anestesiología: Anestesia general y Regional”**. Tomo I, 3 Ed., Pág. 211-250, México-1996.
39. Instituto Peruano de Seguridad Social: **“Protocolos de Anestesiología”**, Pág. 42-43, Lima-Perú 1997.
40. Salas, C.: **“Principio de Oportunidad en el Perú”**, [http://www. multired. com/profesio/chsaleb](http://www.multired.com/profesio/chsaleb).
41. **García, F.: “El Principio de Oportunidad”**, 1ero. Ed. Lima-Perú. 2000.
42. **Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad:** Resolución de Fiscalía de la Nación No 1470-2005-MP, en Normas Legal, Diario Oficial “El Peruano”, Pág. 296532-296534, Lima-Perú, 12-07-2005.
43. Roxin C. **“La imputación objetiva en Derecho Penal”**, Traducción del Libro **“Strafrecht allgemeiner Teil”** (Extracto de los Capítulos XI y XXIV). Ed. C.H. Berk Munich 1994.
44. Edt. “El Ateneo”: **Diccionario de Ciencias Médicas: Dorland**, Tomo I, Ed, 4ta, Pág. 8, Buenos Aires-Argentina, 1975.
45. Gaceta Jurídica: **“Código Civil Comentado”**, Tomo I, Pág 95-96, 1ra. Ed, Lima-Perú, 2003.
46. Gestión Médica (Periódico para Profesional de la Salud): **“Si Errores Médicos no son encarados podrían transformarse en Incontenibles”**, 19 al 25 de Abril, Pág. 2, Lima-Perú, 2004.

47. Estados Unidos: **“Una demanda por mala Praxis cada 5 minutos”**: www.smu.org.uy/publicaciones/noticias/noticias95/art2.htm
48. Egger, C.: **“Responsabilidad Civil y Penal Médicas. Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Responsabilidad de Terceros. Condena a Médicos. Medio de Prueba. Obligación de Medios y Obligación de Resultados”**, Arch. Chil. Oftal. Vol. 54. N° 1, Pág. 51-58, Santiago-Chile, 1997
49. **15° Congreso Mundial Derecho Médico 2004-Australia, 1994**. www.aeds.org/asociacionmundialcongreso.htm
50. **Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico (SIDEME)**: www.sideme.org/institution/
51. **Sociedad Peruana de Derecho Médico (SODEME)**
sodeme.org/manuel_de_la_flor_matos.htm
52. Levison, M.: **“La comunicación Médico paciente Relación con la demandas por mala praxis en los Médicos de atención primaria y los cirujanos”**. Jama (ed. Esp) N° 7, 6: 1997.
53. Beckman, H.: **“The Doctor Plaintiff relation ship: lessons formen plaintiff deposition”**. Arch inters med 154-1994.
54. Gestión Médica (Periódico para Profesional de la Salud): **“Conciliación es una alternativa en conflictos Médico-Paciente”**, 15 al 21 de Octubre, Pág. 6-7, Lima-Perú, 2001.
55. Benavides R.: **“Problemática Jurídica de la Conciliación en el proceso penal peruano”**, http://sisbib.unmsm-edu.pe/bibVirtual/Tesis/human/Benavides_V_k/Contenido.htm.
56. **“Requisitos Uniformes para preparar los manuscritos enviados a revistas biomédicas”**, Boletín de la Organización Panamericana de la Salud 116 (2), 1994.
57. Gestión Médica (Periódico para Profesional de la Salud): **“Litigios están separando la Relación Médico-Paciente”**, 22 al 28 de Octubre, Pág. 16, Lima-Perú, 2001.

VIII. ANEXOS

ANEXO 1
FICHA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

FICHA N° _____

EXPEDIENTE PENAL N°	DENUNCIA (FISCALÍA):
	INSTRUCCIÓN (JUZGADO O SALA PENAL):

DEMANDANTE:					
MEDICO DEMANDADO	N°	Edad (años)	SEXO		Delito
			M	F	
	1				Homicidio Culposos ()
	2				
	3				Lesiones Culposas ()
	4				
	5				Aband./Exp.Pers.Peligro ()
	6				

INSTANCIA JUDICIAL	ESTADO EXPEDIENTE PENAL						
	TRAMITE	ARCHIVO		SENTENCIA CONDENATORIA			
		PROVISIONAL	DEFINITIVO	PENA PRIVATIVA LIBERTAD (AÑOS)	REPARACIÓN CIVIL (SOLES)	INHÁBIL. PROF. SI (AÑOS) NO	
FISCALÍA							
JUZGADO PENAL							
SALA PENAL							
OBSERVACIONES							

ÁREA ASISTENCIAL		ESPECIALIDAD MEDICA			
SERV. EMERG.		PEDIATRÍA	GINECO – OBSTETRICIA	CIRUGÍA	MEDICINA
SERV. HOSPI.					
CENTRO QX.	URGENC.				
	EMERG.				
CONSULTA EXTERNA					
OBSERVACIONES					

CENTRO ASISTENCIAL	AÑO INICIO PROCESO PENAL									
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
IV HN CASE										
III YANAHUARA										
II MOLLENDON										
I ESCOMEL										

PRESENCIA DE CAUSAS JUSTIFICANTES	1 ESTADO NECESIDAD JUSTIFICANTE ()	
	2 ESTADO NECESIDAD EXCULPANTE ()	
	3 CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE	1 QUIRÚRGICO ()
		2 ANESTÉSICO ()
		3 OTROS ()
		4 NINGUNO ()

OMISIÓN DE PROCEDIMIENTOS		
MÉDICOS	1	NO OBSERVANCIA DE PROTOCOLO DE ATENCIÓN MEDICA ()
	2	NO REALIZACIÓN DE RIESGO QUIRÚRGICO ()
	3	NO REALIZACIÓN EVALUACIÓN PRE-ANESTÉSICA ()
	4	NO MONITORIZACIÓN DE FUNCIONES VITALES ()
	5	NO REALIZACIÓN EXÁMENES LABORATORIO Y/O COMPLEMENTARIO NECESARIOS PARA ESTABLECER EL DIAGNOSTICO ()
	6	TRATAMIENTO SIN HABER ESTABLECIDO EL DIAGNOSTICO ()
	7	NO ELECCIÓN DE TRATAMIENTO RIESGOSO CON JUSTIFICACIÓN ()
	8	NO PRESCRIPCIÓN DE MEDICAMENTOS NO CONTRAINDICADOS ()
	9	NO VERIFICACIÓN DE BUEN FUNCIONAMIENTO DE EQUIPO E INSTRUMENTAL MEDICO ()
	10	NO TRASLADO OPORTUNO DEL PACIENTE A OTRO NIVEL HOSPITALARIO ()
	11	ABANDONO DEL PACIENTE ()
ADMINISTRATIVOS	1	ELABORACIÓN DE HISTORIA CLÍNICA QUE REFLEJA OMISIONES DE ACTOS MÉDICOS REALIZADOS ()
	2	NO UTILIZACIÓN DE MEDICAMENTOS E INSUMOS ADECUADOS ()
	3	NO UTILIZACIÓN DE EQUIPO E INSTRUMENTAL MEDICO ADECUADO ()
	4	NO UTILIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURA HOSPITALARIA ADECUADA ()
	5	NO APLICACIÓN DE LEGISLACIÓN EN SALUD ()
	6	NO PRESENCIA DE PROTOCOLO DE ATENCIÓN MEDICA ()
	7	MEDICO NO ES ESPECIALISTA ()

ENTREVISTAS	
1. Médico	
2. Fiscal	
3. Juez	
4. Vocal	

FISCAL COMUNICÓ AL MÉDICO LA POSIBILIDAD DE APLICARSE EL P.O.	SE APLICÓ EL P.O.	EL MÉDICO CONOCE QUE ES EL P.O.
Si () No ()	Si () No ()	Si () No ()

P.O.: Principio de Oportunidad

HOJA DE EVALUACIÓN PRE- ANESTÉSICA.

1. FILIACIÓN

Operación Programada

3. ANTECEDENTES DE IMPORTANCIA

Radiografía de tórax: (Si) (No)

Fecha.....

Hábitos Nocivos: Tabaco () Alcohol () Café () Sedantes () Narcóticos ()

4. EXAMEN FÍSICO

- **FUNCIONES VITALES:**

Frecuencia Cardíaca..... Pulso Arterial..... Ritmo.....

T°..... Presión Arterial.....

Frecuencia Respiratoria..... Estado de Conciencia.....

- Cabeza y cuello.....

- **Dentadura:** Sin dientes () Dientes de leche () Dientes permanentes completos ()
Dientes permanentes incompletos () Dentadura postiza fija () Dentadura postiza
móvil () otros
problemas.....

- **Test de Mallampatti:** I () II () III () IV ()

- **Tráquea:** Central () Desplazada () izq () per. f ()

- **Cardiovascular:** Presión Arterial () Pulso () Ritmo () Dolor precordial (Si)
(No)

Palpitaciones (Si) (No) Ortopnea (Si) (No)

Disnea (Si) (No) Soplo (Si) (No)

Arteria Temporal Maxilar: Normal () Anormal ()

- **Respiratorio:**

Frecuencia Respiratoria () tipo de respiración.

Hemoptisis () Esputo () Insuf. Resp Aguda () infección respiratorio alta ()

Infección Respiratoria Baja ()

- **Gastrointestinal:**.....

- **Osteoarticular:** Columna Vertebral: Cervical Normal () Anormal () Dorso -
Lumbar:
Normal () Anormal ()

- **Vascular Arterial:** Bueno () Malo () Venoso: Bueno () Malo ()

- **Fístula A-V :** (Sí) (No)

5. ESTADO FÍSICO ANESTESIOLÓGICO

- ASA: I () II () III () IV () V ()
- Riesgo Quirúrgico. - Categoría: 1 () 2 () 3 () 4 () 5 ()

Comentario.....

6. DATOS DE LABORATORIO

- Grupo Sanguíneo.....Factor Rh..... HT.... HB.....
- De acuerdo a patología quirúrgica y enfermedad concomitante:
.....
- Perfil de Coagulación:
PT.....PTT.....Plaquetas.....Factores de Coagulación.....
- Glucosa: Urea:.....Creatinina.....
- Electrolitos: Na:.....K:.....Cl.....
- AGA: pH.....pO₂..... pCO₂..... HCO₃.....
- Hormonas: Rx de Tórax:.....
- Otros:.....
- PREMEDICACIÓN
.....
.....
.....
.....
- Observaciones, Recomendaciones y Plan Anestesiológico: . .
.....
.....
.....
.....
.....
.....

ANEXO 3

CONSENTIMIENTO INFORMADO ANESTESIOLOGICO

El/La Dr. /Dra
..... informa a la paciente Sr. /Sra
..... que para la intervención quirúrgica programada de
.....
..... una vez valorada su Historia Clínica y el resultado de las pruebas
complementarias efectuadas (Analítica, electrocardiograma, etc.) procede a aplicar
Anestesia
..... (General, troncular, local, etc.).

RIESGOS GENERALES

Como en todo procedimiento quirúrgico bajo **anestesia**, existen riesgos y complicaciones que pueden producirse tanto durante la inducción anestésica como durante la intervención quirúrgica o en el proceso de reanimación post-operatoria. Estos riesgos y complicaciones podrían producir alteraciones cardíacas, respiratorias, metabólicas y neurológicas, que pueden llegar incluso a provocar un estado de coma o de muerte, aunque hay que añadir que la incidencia de estas últimas posibilidades es muy baja (alrededor del 0, 7/10, 000). Existen otras complicaciones banales como: dolor de garganta, tos, ronquera, náuseas o vómitos después de una **anestesia general**; dolor de cabeza o de espalda después de una **anestesia espinal**; o hematomas después de la aplicación de cualquier **anestesia local**.

RIESGOS PERSONALIZADOS

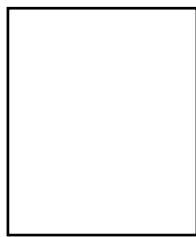
Las circunstancias personales. (Edad, enfermedades, alergias, anestesia anteriores o tratamientos previos, drogadicción o hábitos adquiridos) pueden incrementar, o no, la incidencia de aparición de los riesgos indicados, como también se me ha **informado** de la posibilidad de que surja alguna situación inesperada durante la intervención que requeriría de algún procedimiento diferente o adicional del previsto inicialmente, en cuyo caso autorizo igualmente al equipo Médico a realizar lo que crea conveniente o necesario.

Se me ha **informado** de la necesidad de adoptar como medidas Pre-operatorias, las siguientes: ayuno de. horas, tomar la medicación habitual (a menos que se indique lo contrario), no llevar maquillaje, pintura de labios, laca de uñas, advertir de cualquier tipo de prótesis móvil, lentillas o dentadura no fija, advertir en el momento del ingreso de cualquier anomalía o problema que haya podido presentar desde la visita Pre-anestésica

Puesto que la información me ha sido dada de forma comprensible, que he podido formular preguntas y que me han sido aclaradas las dudas presentadas al leer o escuchar la información sobre el procedimiento anestésico específico, **AUTORIZO** al Dr. /Dra. (O al equipo de **anestesia** de).
.. a realizar el procedimiento anestésico de continua referencia.

Sé que la firma y el otorgamiento de este **consentimiento informado** no supone ninguna clase de renuncia a posibles reclamaciones futuras, tanto de orden Médico como legal, sino que también puedo arrepentirme de la firma de este **consentimiento** en cualquier momento previo a la intervención.

.....
Firma del Médico



Huella Digital

.....
**Firma del paciente
o representante legal**



Huella Digital

Fecha y lugar.

ANEXO 4

CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA DE VARICES

D/Dña..... con D. N. I. No..... o,
en su representación, D/Dña.....
..... Con D. N. I. No.....
..... En calidad de.
.....

he sido informado por los facultativos del Servicio de Cirugía Vascular de lo siguiente:

Las **varices** son dilataciones de las venas superficiales que pueden producir síntomas como dolor, calambres, picores, etc. y complicarse con la aparición de flebitis, sangrado desarrollo de úlceras.

La Intervención Quirúrgica que se le propone consiste en extirpar las venas que estén dilatadas, así como las venas de las que dependen (habitualmente safena interna y externa) y en ligar las venas perforantes insuficientes, mediante incisiones en ingle y cara posterior de la rodilla y micro incisiones complementarias.

El tipo de **anestesia** necesaria para esta intervención quirúrgica: general, regional o local, le será detallada por el Servicio de Anestesiología, así como sus riesgos y posibles complicaciones, en un consentimiento informado Anestesiológico, el cual será autorizado por su persona en el consultorio de anestesiología

Las **COMPLICACIONES** posibles de esta intervención son:

1. **Complicaciones específicas del procedimiento:** lesiones nerviosas (hormigueos, acorchamiento o dolor), hematomas que pueden dejar manchas residuales o zonas induradas, infecciones de las heridas operatorias, edema o hinchazón del miembro, cicatrices patológicas, trombosis venosas, lesión arterial o recidivas varicosas.
2. **Complicaciones generales** inherentes a toda intervención quirúrgica: accidentes vasculares, renales, cardiorrespiratorios y otras que pueden llegar a ser fatales. Estas complicaciones son más frecuentes si existen enfermedades sobreañadidas previas.
3. **Complicaciones propias de su estado general y enfermedades asociadas**

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Paciente D. /I Doña.....

He recibido información clara y sencilla, oral y por escrito, acerca del procedimiento que se me va a practicar. El/la Médico que me atiende me ha explicado de forma satisfactoria qué es, cómo se realiza y para qué sirve. También me ha explicado los riesgos posibles y remotos, así como los riesgos en relación a mis circunstancias personales y las consecuencias que pudieran derivarse de mi negativa. Me ha informado de otras alternativas posibles. He recibido respuestas a todas mis preguntas. He comprendido todo lo anterior perfectamente.

Comprendo que la decisión que tomo es libre y voluntaria.

DOY MI CONSENTIMIENTO a la práctica del procedimiento que se me propone, por los facultativos del **Servicio de Cirugía Vascular**. Puedo retirar este consentimiento cuando lo desee y deberé informar al equipo Médico del cambio de decisión.

.....

Firma del Médico



Huella Digital

.....

**Firma del paciente
o representante legal**



Huella Digital

Fecha y lugar.
.....

**He decidido NO AUTORIZAR la realización del procedimiento que me ha sido
propuesto.**

.....

Firma del Médico



Huella Digital

.....

**Firma del paciente
o representante legal**



Huella Digital

Fecha y Lugar.
.....

He decidido REVOCAR MI ANTERIOR AUTORIZACIÓN.

.....

Firma del Médico



Huella Digital

.....

**Firma del paciente
o representante legal**



Huella Digital

Fecha y Lugar.

ANEXO 5

ACCIONES PREVENTIVAS PARA EL CONTROL DEL RIESGO LEGAL MÉDICO

I. PREVENCIÓN PRIMARIA

- a. Mantener buena comunicación entre el médico y el paciente.
- b. Analizar y evaluar la historia clínica.
- c. Obtener otros elementos de prueba.

Para ello es recomendable que inmediatamente después de ocurrido el accidente médico, tomar nota de todos los detalles que rodearon esta circunstancia como:

- Que **sucedio** (ordenado cronológicamente).
- Quienes se hallaban presentes (posibles **testigos**).
- **Conducta del paciente.**
- Otros **eximentes** de responsabilidad.
- **Que se hizo.**
- **Porqué** creemos que se produjo el mal resultado.
- **Otros** responsables.
- **Anatomía patológica y otros estudios** (Cuando y a quien fue solicitado).
- Realizar **búsqueda bibliográfica** respecto de lo que correspondía hacer y/o consultar con expertos.
- **No discutir** con personas extrañas que pudieran constituirse en testigos de cargo.
- **Comparar** anotaciones y resultados de la búsqueda bibliográfica con la consignado en la historia clínica y extraer conclusiones.
- **Guardar fotocopias foliadas de la historia clínica** debidamente avaladas.
- Estos elementos son de fundamental utilidad en la etapa probatoria penal y civil.

II. PREVENCIÓN SECUNDARIA

Se realiza al recibir una queja o denuncia, y consiste en:

- **No ignorar la situación**, algunos médicos tienden a la “negación” y reacciona tardíamente, perdiendo la oportunidad de aportar elementos de prueba valiosos y/o realizar objeciones a las denuncias. Los plazos procesales son rigurosos.
- **Obtener de inmediato ayuda médico legal especializada**, se podrán implementar acciones rápidamente y contestar cualquier tipo de requerimiento con su asesoramiento.
- **Reunir la mayor cantidad de posibles elementos de prueba**, recurriendo a aquellas obtenidas durante la prevención primaria y a otros que pudieran ser necesarios para contrarrestar la denuncia.
- **Actualizar la búsqueda de bibliografía**, teniendo como referencia la oportunamente realizada en la prevención primaria y orientándola ahora a refutar lo que se sostenga en la denuncia o proceso penal.

III. PREVENCIÓN TERCIARIA

- **Evaluar la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad.**
- **Unificar criterios de defensa médico legal entre los abogados de EsSalud y los del médico denunciado.** Esta prevención se lleva a cabo para evitar que se profundicen las secuelas de una condena, aunque es la menos efectiva ya que solo logra reducir los daños.

ANEXO 6

CONTENIDO MÍNIMO DE LA HISTORIA CLÍNICA

1. Detalles del Examen Clínico.
2. Resultados de la anamnesis.
3. Afirmación o negación por el paciente de padecimiento de alergias.
4. Afirmación o negación por el paciente de posibles enfermedades hereditarias.
5. **Datos de la persona que acompaña al paciente,** específicamente en Gineco-obstetricia y Medicina legal, cuando el Médico es varón (puede parecer exagerado, pero, de lo que se trata es de prevenir denuncias por violencia sexual, que en la realidad no son pocas, y más de pacientes mujeres y mayores de edad).
6. **Entrega de las órdenes de exámenes complementarios con cargo firmado,** sobre todo en el Servicio de Emergencia, así como también en los tratamientos ambulatorios.
7. Diagnóstico y tratamiento decidido.
8. **Entrega de recetas, indicaciones y recomendaciones con cargo firmado,** muchas indicaciones se hacen de manera verbal y el paciente o sus familiares las olvidan. De otro lado, las indicaciones escritas puede ser extraviada.
9. Si existen Protocolos o Directivas y reglamentos que decide no seguir, debe descargar las razones justificantes.
10. Obtener el consentimiento informado.
11. Consignar el documento la negativa a otorgar el consentimiento, de ser el caso, comunicar a la autoridad policial o Fiscal.
12. **Solicitud de ínter- consulta,** precisando fecha y hora.
13. Por su lado, **el ínter consultor debe indicar,** el examen realizado su diagnóstico, las recomendaciones, fecha y hora de la ínter-consulta practicada.
14. **Solicitud de Junta Médica,** indicando fecha, hora, la realización de la misma, las conclusiones a las que se arribaron, las recomendaciones, **comunicación al paciente** o familiares de las conclusiones y recomendaciones.
15. **Decisión de transferencia del paciente** a otro Hospital indicando las condiciones clínicas en que sale y es entregado el paciente.

16. No debe faltar el reporte de enfermería.
17. **En la orden de Alta del Paciente**, debe, en primer lugar, evitarse las órdenes prematuras, y en segundo lugar, entregar por escrito y con cargo firmado, las recomendaciones terapéuticas que debe seguir el paciente y la fecha en que debe retornar para chequearse.
18. **Utilizar letra legible.**
19. **Leer la Historia Clínica**, ya que la Historia es un medio de comunicación, y la terapia debe continuarse revisando el acto Médico precedente.
20. En el Servicio de Emergencia nunca olvidar **realizar la Historia Clínica Corta**. Muchas de las denuncias y juicios penales surgen como consecuencia de actos realizados en el Servicio de Emergencia, ya en el proceso se descubre que no hay Historia Clínica cuando el paciente o el familiar increpa desatención o abandono.

ANEXO 7

MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 290 Y 291 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO.

Artículo 1

El facultativo que en el ejercicio de curar, causare lesiones de carácter iatrogénico en una intervención con propósitos curativos, será reprimido con multa de 30 a 90 días de su renta o prisión no mayor de tres años, la pena de multa evaluada según el grado del daño ocasionado al cuerpo o la salud, teniendo en cuenta:

- a. Que el facultativo, incumpliera su obligación de atender diariamente a su paciente mientras está bajo su control.
- b. Que el facultativo iniciare un tratamiento con el método menos riesgoso, sin tener en cuenta el riesgo calculado.

Artículo 2

La pena de prisión se impondrá cuando el facultativo, por error inexcusable, cause daño grave al cuerpo o la salud del paciente, y como consecuencia sobreviniera la muerte, teniendo en cuenta:

- a. Que el facultativo interviniera quirúrgicamente a un paciente y no tuviera en cuenta el riesgo quirúrgico, y que, sin autorización del pariente más cercano, tutor o curador, procediere a intervenirlo quirúrgicamente, y que por esta causa le produjere incapacidad parcial, total o muerte.
- b. El facultativo que, conociendo los riesgos iatrogénicos del empleo de un fármaco, no tuviera en cuenta el riesgo calculado y por ello no tomara las precauciones de observar constantemente la evolución de la enfermedad y la acción del fármaco, con ayuda de exámenes de Laboratorio, y por esta omisión causara incapacidad parcial, total o muerte.

Artículo 3

El profesional que en ejercicio de expender medicamentos se excediera en los límites de su profesión, prescribiendo medicamentos sin esta amparado por la receta del profesional facultado para ello, y como consecuencia causará la iatrogenia, será reprimido con multa no menor de 30 a 90 días de su renta o prisión no mayor de un año.

ANEXO 8

PROPUESTA DE LEY ESPECIAL PENAL DE DELITOS CONTRA LA SALUD E INTEGRIDAD DEL CONCEBIDO

Que ante la imposibilidad de incorporar al Código Penal un nuevo Capítulo referido a los delitos contra la salud e integridad del concebido. Opinamos que estos sean tipificados en una Ley Especial Penal, señalando:

Artículo 1: El que por cualquier medio, causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres.

Artículo 2: El que por culpa grave, y pro cualquier medio, causa al concebido un daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con cincuenta a setenta días – multa.